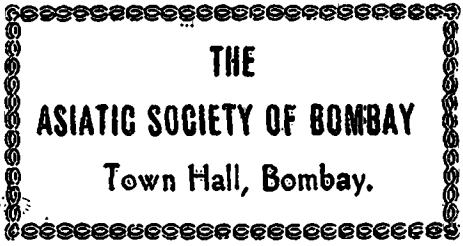
00079278

NOT TO BE ISSUED
OUT OF THE LIBRARY.



Digitized with financial assistance from the
Government of Maharashtra
on 10 February, 2016

RÉPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ

DE

DE JURISPRUDENCE.

SÉP.-SUB.

IMPRIMERIES DE H. REMY, ET DE P.-J. VOGLET.

RÉPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ

DE JURISPRUDENCE,

CINQUIÈME ÉDITION

RÉDUITE AUX OBJETS DONT LA CONNAISSANCE PEUT ENCORE ÊTRE UTILE,

AUGMENTÉE 1° DE NOTES INDICATIVES DES CHANGEMENS APPORTÉS AUX LOIS ANCIENNES PAR LES LOIS NOUVELLES, 2° DE DISSERTATIONS, DE PLAIDOYERS ET DE RÉQUISITOIRES SUR LES UNES ET LES AUTRES, 3° DES CHANGEMENS QUE LES LOIS FRANÇAISES ONT SUBIS, DANS LE ROYAUME-DES PAYS-BAS, DEPUIS L'ANNÉE 1814;

CORRIGÉE ET FONDUE AVEC LES ADDITIONS FORMANT LES TOMES 15, 16 ET 17 DE LA 4e ÉDITION;

PAR M. MERLIN,

Ancien Procureur-Général à la Cour de Cassation.

TOME TRENTE-UNIÈME.

79278

Bruxelles.

H. TARLIER, LIBRAIRE-ÉDITEUR,

RUE DE LA MONTAGNE, N° 306.

1828.

God

340
mer | Rep
79278

00079278

REPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ

DE JURISPRUDENCE.

SÉPULTURE, Nos I ET II.

* SÉPULTURE. Ce mot se dit, tant du lieu où l'on enterre un corps mort, que de l'inhumation même.

I. Le cimetière qui dépend d'une paroisse, est le lieu de la Sépulture de ceux qui meurent dans cette paroisse, à moins qu'il n'aient ordonné qu'on les enterrât ailleurs ; dans ce cas-ci, le corps ne doit être transféré au lieu indiqué, qu'après avoir été présenté à l'église paroissiale du défunt. Il est même nécessaire que ceux qui choisissent le lieu de leur Sépulture ailleurs que dans leur paroisse, fassent connaître leur volonté par testament ou quelque autre acte par écrit, ou au moins par le témoignage de deux parens ou de trois témoins domestiques.

II. Les curés peuvent refuser la Sépulture aux hérétiques séparés de la communion de l'Eglise, et aux personnes qui ont été nommément et juridiquement excommuniées.

Mais, quoique le quatrième concile de Latran, célébré en 1215, ait prononcé contre les personnes qui ne satisfont point au devoir pascal, la peine de l'excommunication, et d'être privées de la sépulture ecclésiastique après leur mort, il n'est pas permis de refuser cette sépulture en France, parceque les dispositions de ce concile n'y sont suivies que quand la peine a été appliquée par ceux qui ont juridiction pour cet effet. Le parlement de Paris l'a ainsi jugé par un arrêt du 19 mars 1755. L'espèce est rapportée en ces termes, dans la *collection de jurisprudence:*

« Jean-Alexandre Boileau, chirurgien à Saint-Vrain, mourut au mois de novembre 1754, sans avoir reçu les sacremens. Il était notoire dans la paroisse, qu'il n'avait pas satisfait au devoir pascal depuis plusieurs années; mais il assistait aux offices de l'église, et avait d'ailleurs été administré dans une grande maladie en 1745. La famille de ce particulier ayant demandé au sieur Sigonneau, curé de Saint-Vrain, qu'il fixât l'heure de l'enterrement, le curé répondit que, Boileau étant mort dans un état de réprobation, il ne lui accorderait point la Sépulture ecclésiastique. Après bien des remontrances inutiles, les héritiers de Boileau firent une sommation au curé de l'inhumer avec les cérémonies ordinaires ; le curé répondit qu'il ne pouvait se prêter à l'inhumation demandée, sans encourir les censures ecclésiastiques et sans compromettre son ministère, en devenant le fauteur de l'impiété et de l'irréligion dans sa paroisse, et en contrevenant aux canons de l'église et au rituel.

» Sur ce refus, les héritiers s'adressèrent au juge haut-justicier du lieu, auquel ils rendirent plainte de la diffamation faite par le curé. Ils demandèrent aussi permission d'informer, et par provision, que l'inhumation fût ordonnée avec les cérémonies et les prières ordinaires. Le juge permit d'informer, et ordonna qu'il serait fait nouvelle sommation au curé d'inhumer, et qu'en cas de refus, il serait assigné au lendemain. Au lieu de satisfaire, le curé protesta que, s'agissant de Sépulture ecclésiastique, il avait été mal-à-

propos assigné devant le juge de Saint-Vrain, et qu'il n'était responsable de son refus qu'à ses supérieurs ecclésiastiques ou au juge royal. Malgré cette protestation, le juge de Saint-Vrain rendit, le 15 novembre 1754, tant sur la demande des enfans de Boileau, que sur le réquisitoire du procureur fiscal, une sentence par laquelle il ordonna qu'à l'instant de la signification de cette même sentence, il serait procédé par le curé du lieu, ou par un prêtre par lui commis, à l'inhumation du cadavre de Jean-Alexandre Boileau, décédé le 12, en observant les cérémonies et les prières qui sont d'usage, et à l'inscription de ladite inhumation sur le registre, à peine de 300 livres d'amende; et au cas de refus, qu'à la diligence des enfans dudit Boileau et du procureur fiscal, ledit cadavre serait levé, porté et inhumé dans le cimetière par Pierre Rousson-neau, huissier commis à cet effet, lequel se ferait assister de deux témoins, prendrait tel nombre de personnes qu'il jugerait nécessaire, et dresserait du tout son procès-verbal. *Ordonnons audit huissier commis*, ajoute la *sentence, de se transporter, immédiatement après l'inhumation, chez le curé et le sommer de représenter ses registres, sur lesquels l'huissier transcrira son procès-verbal, qu'il signera sur les registres, ainsi que ses témoins : et au cas de refus du curé de représenter les registres, ledit huissier déposera son procès-verbal en notre greffe.*

» Cette sentence ayant été signifiée, non seulement le curé refusa d'y satisfaire, mais il renouvela ses protestations de nullité et d'incompétence; il protesta même de se pourvoir pour faire exhumer le cadavre de Boileau : il fondait sa protestation sur l'art. 13 de la déclaration du 9 avril 1736. Depuis, il interjeta appel, tant de la sentence du 15 novembre, que d'un décret d'assigné pour être ouï, décerné contre lui; et l'affaire portée à la tournelle, le curé concluait à ce que la procédure fût déclarée nulle.

» Il disait qu'un juge haut-justicier pouvait bien ordonner la Sépulture d'un cadavre en terre profane, mais pas en terre sainte. Il ajoutait que *Boileau n'avait pas fréquenté les sacremens depuis quarante ans, au grand scandale de sa paroisse; et qu'étant à l'extrémité, il avait résisté aux sollicitations de lui curé et de son vicaire, ne lui répondant autre chose que, laissez-moi en repos, je n'ai que faire de cela.*

» Les enfans de Boileau, au contraire, disaient que leur père avait vécu en bon chrétien; qu'il n'avait pas refusé de se confesser; quelques témoins déposaient en effet qu'il s'était mis deux fois en état de le faire. Ils ajoutaient que *la soumission de tous les régnicoles aux lois qui défendent l'exercice de toute autre religion que la catholique romaine, ne permettait pas d'en soupçonner aucun d'être mort dans une communion différente ou dans des sentimens hétérodoxes, si le contraire ne paraissait par la notoriété de droit.* Ils concluaient 1° à la confirmation de la sentence et de la procédure; 2° à une réparation publique de la diffamation de la mémoire de leur père; 3° à ce que le curé fît un service solennel pour le repos de l'ame de leur père, qu'il jetât de l'eau bénite sur la fosse; et à ce qu'il annonçât le service au prône; 4° qu'il leur fût permis de faire mettre, aux frais du curé, une épitaphe sur la fosse, contenant le jour de sa mort, la manière dont il avait été inhumé, et sommairement les dispositions de l'arrêt de la cour; 5° que, par un huissier, réformation fût faite des registres des baptêmes, mariages et Sépultures de la paroisse de Saint-Vrain, en y ajoutant le décès de Boileau; 6° enfin, ils demandèrent des dommages-intérêts et les dépens.

» M. l'avocat-général Bochard de Sarron avait conclu à ce que les parties fussent mises hors de cour; mais, par arrêt rendu le 29 mars 1755, sur le délibéré ordonné le 12 du même mois, la cour, sur l'appel de la sentence du 15 novembre, *a mis l'appellation et ce dont a été appelé au néant, en ce que le curé a été condamné à 400 livres d'amende; émendant quant à ce, l'a déchargé de ladite amende; en tant que touche l'appel de la procédure extraordinaire, la cour a mis l'appellation et ce dont est appel au néant; émendant, évoquant le principal et y faisant droit, ayant aucunement égard aux demandes des héritiers Boileau, a ordonné que, par le curé de Saint-Vrain ou son vicaire, ou à leur refus, par Henri Griveau, huissier à la cour, le procès-verbal d'inhumation de leur père, du 16 novembre 1754, sera transcrit sur le registre des baptêmes, mariages et Sépultures de l'église paroissiale de Saint Vrain, et par le même huissier sur le double dudit registre déposé au greffe du châtelet, avec mention en marge et extrait du présent arrêt, aux frais du curé de Saint-Vrain; comme aussi que, dans un mois, il sera célébré une messe haute de* Requiem *pour ledit Boileau, en payant les honoraires dus à cet égard, laquelle messe sera annoncée au prône qui la précédera; a condamné le curé à 100 livres de dommages et intérêts par forme de réparation civile, et à tous les dépens* ».

[[*V.* ci-après, n° 7.]]

III. Suivant l'art. 13 de la déclaration du 9 avril 1736, ceux auxquels la Sépulture ecclésiastique n'est point accordée, ne peuvent être inhumés qu'en vertu d'une ordonnance du juge de police des lieux, rendue sur les conclusions du procureur du roi, ou de celui des hauts-justiciers. Cette ordonnance doit faire mention du jour du décès, du nom et de la qualité de la personne décédée. Ce même article ajoute qu'il sera fait un registre des ordonnances rendues en pareil cas, sur lequel il sera délivré des extraits aux parties intéressées. (M. GUYOT.) *

[[IV. Aujourd'hui, quel que soit le culte qu'ait professé une personne décédée, son corps ne peut être inhumé « sans une autorisation, sur papier libre et sans frais, de l'officier de l'état civil ». C'est la disposition expresse de l'art. 77 du Code civil.

Et de là, le décret du 4 thermidor an 13, par lequel « il est défendu à tous maires, adjoints et membres d'administrations municipales, de souffrir le transport, présentation, dépôt, inhumation des corps, ni l'ouverture des lieux de Sépulture; à toutes fabriques d'église et consistoires, ou autres ayant droit de faire les fournitures requises pour les funérailles, de livrer lesdites fournitures; à tous curés, desservans et pasteurs, d'aller lever aucuns corps, ou de les accompagner hors des églises et temples, qu'il ne leur apparaisse de l'autorisation donnée par l'officier de l'état civil pour l'inhumation, à peine d'être poursuivis comme contrevenans aux lois ».

Suivant l'article cité du Code civil, l'officier de l'état civil ne peut délivrer cette autorisation, « qu'après s'être transporté auprès de la personne décédée, pour s'assurer du décès, et que vingt-quatre heures après le décès, hors les cas prévus par les réglemens de police ».

V. Les articles suivans du Code civil contiennent des dispositions non moins importantes :

» 78. L'acte de décès sera dressé par l'officier de l'état civil, sur la déclaration de deux témoins. Ces témoins seront, s'il est possible, les deux plus proches parens ou voisins, ou, lorsqu'une personne sera décédée hors de son domicile, la personne chez laquelle elle sera décédée, et un parent ou autre.

» 79. L'acte de décès contiendra les prénoms, nom, âge, profession et domicile de la personne décédée; les prénoms et nom de l'autre époux, si la personne décédée était mariée ou veuve; les prénoms, noms, âge, professions et domiciles des déclarans, et, s'ils sont parens, leur degré de parenté. Le même acte contiendra de plus, autant qu'on pourra le savoir, les prénoms, noms, profession et domicile des père et mère du décédé, et le lieu de sa naissance.

» 80. En cas de décès dans les hôpitaux militaires, civils, ou autres maisons publiques, les supérieurs, directeurs, administrateurs et maîtres de ces maisons, seront tenus d'en donner avis, dans les vingt-quatre heures, à l'officier de l'état civil, qui s'y transportera pour s'assurer du décès, et en dressera l'acte, conformément à l'article précédent, sur les déclarations qui lui auront été faites et sur les renseignemens qu'il aura pris. Il sera tenu en outre, dans lesdits hôpitaux et maisons, des registres destinés à inscrire ces déclarations et ces renseignemens. L'officier de l'état civil enverra l'acte de décès à celui du dernier domicile de la personne décédée, qui l'inscrira sur les registres.

» 81. Lorsqu'il y aura des signes ou indices de mort violente, ou d'autres circonstances qui donneront lieu de le soupçonner, on ne pourra faire d'inhumation qu'après qu'un officier de police, assisté d'un docteur en médecine ou en chirurgie, aura dressé procès verbal de l'état du cadavre, et des circonstances y relatives, ainsi que des renseignemens qu'il aura pu recueillir sur les prénoms, nom, âge, profession, lieu de naissance et domicile de la personne décédée.

» 82. L'officier de police sera tenu de transmettre de suite à l'officier de l'état civil du lieu où la personne sera décédée, tous les renseignemens énoncés dans son procès-verbal, d'après lesquels l'acte de décès sera rédigé. L'officier de l'état civil en enverra une expédition à celui du domicile de la personne décédée, s'il est connu : cette expédition sera inscrite sur les registres.

» 83. Les greffiers criminels seront tenus d'envoyer, dans les vingt-quatre heures de l'exécution des jugemens portant peine de mort, à l'officier de l'état civil du lieu où le condamné aura été exécuté, tous les renseignemens énoncés en l'art. 79, d'après lesquels l'acte de décès sera rédigé.

» 84. En cas de décès dans les prisons ou maisons de réclusion et de détention, il en sera donné avis sur-le-champ, par les concierges ou gardiens, à l'officier de l'état civil, qui s'y transportera comme il est dit en l'art. 80 et rédigera l'acte du décès.

» 85. Dans tous les cas de mort violente, ou dans les prisons et maisons de réclusion, ou d'exécution à mort, il ne sera fait sur les regis-

tres aucune mention de ces circonstances ; et les actes de décès seront simplement rédigés dans les formes prescrites par l'art. 79.

» 86. En cas de décès pendant un voyage de mer, il en sera dressé acte dans les vingt-quatre heures, en présence de deux témoins pris parmi les officiers du bâtiment, ou, à leur défaut, parmi les hommes de l'équipage. Cet acte sera rédigé, savoir sur les bâtimens de l'État, par l'officier d'administration de la marine ; et, sur les bâtimens appartenant à un négociant ou armateur, par le capitaine, maître ou patron du navire. L'acte de décès sera inscrit à la suite du rôle de l'équipage.

» 87. Au premier port où le bâtiment abordera, soit de relâche, soit pour toute autre cause que celle de son désarmement, les officiers de l'administration de la marine, capitaines, maîtres ou patrons, qui auront rédigé des actes de décès, seront tenus d'en déposer deux expéditions, conformément à l'art. 60. A l'arrivée du bâtiment dans le port de désarmement, le rôle d'équipage sera déposé au bureau du préposé à l'inscription maritime ; il enverra une expédition de l'acte de décès, de lui signée, à l'officier de l'état civil du domicile de la personne décédée : cette expédition sera inscrite de suite sur les registres ».

V. l'article *Décès* (*acte de*).

VI. Comment doit être rédigé l'acte par lequel l'officier de l'état civil constate qu'il lui a été présenté un enfant sans vie ?

Cette question a paru assez importante pour être soumise au conseil d'état, et elle a été résolue par un décret du 4 juillet 1806, ainsi conçu :

« Art. 1. Lorsque le cadavre d'un enfant, dont la naissance n'a pas été enregistrée, sera présenté à l'officier de l'état civil, cet officier n'exprimera pas qu'un tel enfant est décédé, mais seulement qu'il lui a été présenté sans vie. Il recevra de plus la déclaration des témoins, touchant les noms, prénoms, qualités et demeures des père et mère de l'enfant, et la désignation des an, jour et heure auxquels l'enfant est sorti du sein de sa mère.

» 2. Cet acte sera inscrit à sa date sur les registres des décès, sans qu'il en résulte aucun préjugé sur la question de savoir si l'enfant a eu vie ou non ».

VII. Le décret du 23 prairial an 12 contient sur les Sépultures, des dispositions dont quelques-unes sont déjà rapportées au mot *Cimetière;* voici les autres :

« Art. 2. Il y aura, hors de chacune de ces villes ou bourgs, à la distance de trente-cinq ou quarante mètres au moins de leur enceinte, des terrains spécialement consacrés à l'inhumation des morts.

» 3. Les terrains les plus élevés et exposés au nord, seront choisis de préférence ; ils seront clos de murs de deux mètres au moins d'élévation.

» 4. Chaque inhumation aura lieu dans une fosse séparée : chaque fosse qui sera ouverte, aura un mètre cinq décimètres à deux mètres de profondeur, sur huit décimètres de largeur, et sera ensuite remplie de terre bien foulée.

» 5. Les fosses seront distantes les unes des autres de trois à quatre décimètres sur les côtés, et de trois à cinq décimètres à la tête et aux pieds.

» 6. Pour éviter le danger qu'entraîne le renouvellement trop rapproché des fosses, l'ouverture des fosses pour de nouvelles Sépultures n'aura lieu que de cinq années en cinq années ; en conséquence, les terrains destinés à former les lieux de Sépulture, seront cinq fois plus étendus que l'espace nécessaire pour y déposer le nombre présumé de morts qui peuvent y être enterrés chaque année...

» 18. Les cérémonies précédemment usitées pour les convois, suivant les différens cultes, seront rétablies ; et il sera libre aux familles d'en régler la dépense selon leurs moyens et facultés : mais hors de l'enceinte des églises et des lieux de Sépulture, les cérémonies religieuses ne seront permises que dans les communes où l'on ne professe qu'un seul culte, conformément à l'art. 45 de la loi du 18 germinal an 10.

» 19. Lorsque le ministre d'un culte, sous quelque prétexte que ce soit, se permettra de refuser son ministère pour l'inhumation d'un corps, l'autorité civile, d'office, soit sur la réquisition de la famille, commettra un autre ministre du même culte pour remplir ces fonctions : dans tous les cas, l'autorité civile est chargée de faire porter, présenter, déposer et inhumer les corps.

» 20. Les frais et rétributions à payer aux ministres des cultes et autres individus attachés aux églises et temples, tant pour leur assistance aux convois que pour les services requis par les familles, seront réglés par le gouvernement, sur l'avis des évêques, des consistoires et des préfets, et sur la proposition du (ministre) chargé des affaires concernant les cultes. Il ne sera rien alloué pour leur assistance à l'inhumation des individus inscrits aux rôles des indigens.

» 21. Le mode le plus convenable pour le transport des corps, sera réglé suivant les

localités, par les maires, sauf l'approbation des préfets.

» 22. Les fabriques des églises et les consistoires jouiront seuls du droit de fournir les voitures, tentures, ornemens, et de faire généralement toutes les fournitures quelconques nécessaires pour les enterremens, et pour la décence ou la pompe de funérailles (1).

» Les fabriques et consistoires pourront faire exercer ou affermer ce droit, d'après l'approbation des autorités civiles sous la surveillance desquelles ils sont placés.

» 23. L'emploi des sommes provenant de l'exercice ou de l'affermage de ce droit, sera consacré à l'entretien des églises, des lieux d'inhumation, et au paiement des desservans; cet emploi sera réglé et réparti sur la proposition du (ministre) chargé des affaires concernant les cultes, et d'après l'avis des évêques et des préfets.

» 24. Il est expressément défendu à toutes autres personnes, quelles que soient leurs fonctions, d'exercer le droit susmentionné, sous telle peine qu'il appartiendra, sans préjudice des droits résultant des marchés existans qui ont été passés entre quelques entrepreneurs et les préfets ou autres autorités civiles, relativement aux convois et pompes funèbres (2).

» 25. Les frais à payer par les successions des personnes décédées, pour les billets d'enterrement, le prix des tentures, les bierres et le transport des corps, seront fixés par un tarif proposé par les administrations municipales, et arrêté par les préfets.

» 26. Dans les villages et autres lieux où le droit précité ne pourra être exercé par les fabriques, les autorités locales y pourvoiront, sauf l'approbation des préfets ».

A ces dispositions, le décret du 18 mai 1806 en ajoute de nouvelles :

« Art. 4. Dans toutes les églises, les curés desservans et vicaires feront gratuitement le service exigé pour les morts indigens; l'indigence sera constatée par un certificat de la municipalité.

» 5. Si l'église est tendue pour recevoir un convoi funèbre, et qu'on présente ensuite le corps d'un indigent, il est défendu de détendre jusqu'à ce que le service de ce mort soit fini.

» 6. Les réglemens déjà dressés, et ceux qui le seront à l'avenir, par les évêques sur cette matière, seront soumis par notre ministre des cultes, à notre approbation.

» 7. Les fabriques feront par elles-mêmes, ou feront faire par entreprise aux enchères, toutes les fournitures nécessaires au service des morts dans l'intérieur de l'église et toutes celles qui sont relatives à la pompe des convois, sans préjudice aux droits des entrepreneurs qui ont des marchés existans.

» Elles dresseront, à cet effet, des tarifs et des tableaux gradués par classe; il seront communiqués aux conseils municipaux et aux préfets, pour y donner leur avis, et seront soumis par notre ministre des cultes, pour chaque ville, à notre approbation. Notre ministre de l'intérieur nous transmettra pareillement, à cet égard, les avis des conseils municipaux et des préfets.

» 8. Dans les grandes villes, toutes les fabriques se réuniront pour ne former qu'une seule entreprise.

» 9. Dans les communes où il n'existe pas d'entreprise et de marché pour les sépultures, le mode du transport des corps sera réglé par les préfets et les conseils municipaux; le transport des indigens se fera gratuitement.

» 10. Dans les communes populeuses, où l'éloignement des cimetières rend le transport coûteux, et où il est fait avec des voitures, les autorités municipales, de concert avec les fabriques, feront adjuger aux enchères l'entreprise de ce transport de travaux nécessaires à l'inhumation et de l'entretien des cimetières.

» 11. Le transport des morts indigens sera fait décemment et gratuitement : tout autre transport sera assujeti à une taxe fixe. Les familles qui voudront quelque pompe, traiteront avec l'entrepreneur, suivant un tarif qui sera dressé à cet effet.

» Les réglemens et marchés qui fixeront cette taxe et le tarif, seront déliberés par les conseils municipaux, et soumis ensuite, avec l'avis du préfet, par notre ministre de l'intérieur, à notre approbation.

» 12. Il est interdit, dans ces réglemens et marchés, d'exiger aucune surtaxe pour les présentations et stations à l'église, toute personne ayant également le droit d'y être présentée.

» 13. Il est défendu d'établir aucun dépositoire dans l'enceinte des villes.

» 14. Les fournitures précitées dans l'art. 11, dans les villes où les fabriques ne fournissent pas elles-mêmes, seront données, ou en régie intéressée ou en entreprise, à un seul régisseur ou entrepreneur. Le cahier des charges sera proposé par le conseil municipal, d'après

(1) Un décret du 10 février 1807 porte que, ni la disposition de cet article, ni celle de l'art. 24 ci-après, ne sont *applicables aux personnes qui professent en France la religion juive*.

(2) *V.* l'article *Pouvoir judiciaire*, §. 2, n° 6.

l'avis de l'évêque, et arrêté définitivement par le préfet.

» 15. Les adjudications seront faites selon le mode établi par les lois et réglemens pour tous les travaux publics.

» En cas de contestation entre les autorités civiles, les entrepreneurs et les fabriques sur les marchés existans, il y sera statué sur les rapports de nos ministres de l'intérieur et des cultes ».

Le décret du 18 août 1811 forme, pour la ville de Paris, le dernier état des réglemens sur cette matière. Voici comment il est conçu:

« Art. 1. Le service des inhumations est divisé en six classes, dont le tableau est annexé au présent décret. Le prix fixé pour chaque classe, est le *maximum* qu'il est interdit de passer; mais ce prix peut être diminué dans la proportion des objets compris dans le tableau de chaque classe, qui ne seraient pas demandés par les familles, et dont elles donneraient contre-ordre par écrit

» 2. Tout ordre pour convoi doit être donné par écrit, indiquer la classe, désigner les objets fixés dans le tarif supplémentaire, qui seraient demandés par les familles. A cet effet, l'entrepreneur général du service fera imprimer des modèles d'ordre en tête desquels seront relatés les art. 1, 2, 4 et 6 du présent décret: c'est uniquement sur ces modèles imprimés que les familles ou leurs fondés de pouvoir expliqueront leurs volontés.

» 3. Le service ordinaire et extraordinaire des inhumations sera adjugé à un seul entrepreneur, qui ne pourra augmenter le total de la dépense fixée par chaque classe, sous peine, en cas de contestation, de ne pouvoir répéter cet excédant devant les tribunaux, et d'une amende qui ne pourra exceder 1,000 francs. Cet article est commun aux fabriques, dont les receveurs seront responsables.

» 4. Il est défendu à l'entrepreneur des inhumations et à chaque fabrique, de faire imprimer séparément, soit le tableau des dépenses du service de l'entreprise, soit le tableau des dépenses fixées pour les cérémonies religieuses.

» 5. L'adjudication comprendra le droit exclusif de louer et de fournir les objets indiqués dans le tableau de toutes les classes, sauf les ornemens que les fabriques sont dans l'usage de se réserver, et qui consistent seulement en pièces de tenture du fond des autels, tapis de sanctuaire, couvertures de lutrins et de pupitres, des siéges des célébrans et des chantres.

» 6. L'entrepreneur sera tenu de transporter les corps à l'église ou au temple, toutes les fois qu'il n'aura pas reçu par écrit un ordre contraire, sans pouvoir demander aucune augmentation.

» 7. L'adjudication du service général sera faite par soumissions cachetées, lesquelles seront ouvertes au conseil de préfecture, en présence de deux commissaires des fabriques, désignés par M. l'archevêque de Paris. Le prix de cette adjudication consistera dans une portion du produit de l'entreprise générale, laquelle devra être payée par l'entrepreneur aux fabriques et aux consistoires. La première mise à prix sera de 20 pour 100.

» 8. Les fabriques des églises de la ville de Paris mettront en bourse commune 25 pour 100 de la remise qui leur est allouée sur chaque convoi par l'entreprise générale; ce prélèvement sera versé pour chaque fabrique entre les mains du trésorier de la fabrique de la cathédrale, lequel en tiendra un compte séparé. Chaque mois, le compte général des prélèvemens du mois précédent sera fait par ledit trésorier, et partagé également entre toutes les fabriques.

» 9. Les cérémonies religieuses pour les corps présentés à l'église avec un certificat d'indigence, seront les mêmes que celles indiquées dans la sixième classe.

» 10. En cas que le produit de la taxe pour le transport des corps, s'élève au-dessus de la somme à payer à l'entrepreneur pour ledit transport, le surplus sera affecté à la reconstruction ou à la réparation des cimetières de Paris.

» 11. En cas de contravention de la part de l'entrepreneur, ou du receveur des fabriques, notre procureur est tenu de poursuivre d'office et de faire prononcer la restitution et l'amende portée à l'art. 3 ».

VIII. Lorsque, dans un temps de peste, une communauté d'habitans est obligée, par l'insuffisance du cimetière, de faire enterrer les cadavres dans le terrain d'un particulier, celui-ci peut-il la forcer à lui payer le prix de ce terrain, ou doit-il se réduire à une indemnité calquée sur le dommage réel qu'il souffre?

Cette question s'est présentée au parlement de Provence, en 1723.

Les échevins de Marseille avaient fait ensevelir, en 1720, environ dix mille cadavres de pestiférés, dans un enclos situé hors des murs de cette ville. Le 23 février 1723, le sieur Silvy, propriétaire de cet enclos, les fit assigner aux requêtes du palais d'Aix, pour les faire condamner à lui en payer le prix. Les échevins répondirent qu'ils n'avaient jamais refusé au

sieur Silvy de l'indemniser de tous les dommages qu'ils lui avaient causés; qu'il avait rejeté cette offre, sur le fondement qu'un terrain employé à un si pieux usage, ne pouvant plus être profané par la culture, devait être acheté par la communauté de Marseille; mais que cette prétention était injuste et extraordinaire, et que, si elle était accueillie, il aurait fallu laisser inculte tout le terroir de cette grande ville, parce qu'on avait enterré partout des pestiférés. En conséquence, ils déclarèrent qu'ils étaient près de dédommager le sieur Silvy de tout ce qu'il avait pu ou pourrait souffrir, tant en ses meubles qu'en ses bâtimens, fruits, arbres, et fonds, conformément à l'estimation qui en serait faite par experts.

Une sentence du 13 juillet 1723 donna acte aux échevins de leurs offres, et débouta le sieur Silvy, dépens compensés, avec défenses à toutes personnes et particulièrement aux échevins et au sieur Silvy, de remuer et creuser la terre, avant qu'il se fût écoulé trois ans, aux endroits de son enclos qui avaient servi de Sépulture aux cadavres pestiférés. Appel.

M. l'avocat général de Gueidan a porté la parole dans cette affaire. Voici la substance de son plaidoyer.

« Soit que les vivans aient voulu ménager à leurs propres cendres le respect qu'ils ont rendu aux cendres de ceux qui les ont précédés, soit qu'un même instinct pour l'immortalité ait inspiré la même inclination à tous les hommes, nous trouvons la vénération pour les morts si ancienne et si universellement établie, que tous les temps et tous les peuples déposent en sa faveur. Les patriarches eux-mêmes, ces hommes divins si élevés au-dessus des sens, quelle sollicitude et quelle attention n'ont-ils pas eue pour la conservation de leur dépouille mortelle! Les Égyptiens, les Grecs, les Romains, en un mot tous les hommes de l'univers, d'ailleurs si divisés de goûts et de sentimens, se réunissent sur ce point; ceux mêmes qui n'ont pas craint de violer la nature dans ses droits les plus sacrés, l'ont respectée dans celui-ci. De là, les lois romaines, qui décident qu'un fonds devient consacré par la Sépulture qu'y reçoit un mort. Mais ces lois ne peuvent nous servir de règles.

» Que les nations idolâtres aient regardé comme sacrées et inviolables les terres qui avaient une fois servi à la Sépulture des morts; qu'elles aient pensé que, dans nul cas, l'on ne pouvait, sans impiété, toucher à leurs tombeaux ni remuer leurs cendres, cela suivait de leurs principes; ou plutôt sans principes sur cette matière, et livrées à leurs préjugés aveugles, que de contrariétés n'ont-elles pas établies? Tantôt elles ont regardé l'ame comme tellement esclave du corps, que, même après leur séparation, elle en était encore dépendante et en éprouvait toutes les vicissitudes. De là, ces fables si familières aux poètes, que les ames des corps qui n'étaient point enterrés, et dont on violait les sépulcres, erraient cent ans vagabondes sans pouvoir entrer dans les Champs-Élysées. Tantôt elles l'ont confondue avec le corps, et en ont fait un seul être qu'elles ont encore amplifié, après la mort, de toute la matière qui composait le tombeau; d'où elles concluaient que l'on ne pouvait toucher à l'un sans troubler le repos de l'autre. De là, ces cris et ces plaintes que Virgile fait pousser aux mânes de Polydore, lorsqu'Enée arrachait quelques herbes qui couvraient sa Sépulture.

» Mais nous, à qui la raison et la religion donnent d'autres lumières, nous, qui savons que le repos des ames ne dépend nullement de la situation de leur corps, et que, quelque part que ceux-ci reposent et de quelque manière qu'ils soient traités, les ames ne reçoivent du bien ou du mal que de leurs œuvres, nous n'avons garde d'imprimer un caractère inviolable de sainteté à des lieux à qui l'on ne doit tout au plus qu'une vénération toujours révocable et toujours subordonnée au bien public. Une maxime contraire serait opposée à la pratique de toute la chrétiente. L'usage ayant toujours été d'enterrer les morts près des portes des villes, en est-il de tant soit peu considérable qui ne se soit agrandie sur les tombeaux? Ainsi, les lois romaines et les anciennes coutumes n'ont rien qui soit applicable à nos mœurs.

» Mais si le sieur Silvy n'est pas fondé à soutenir qu'on ne peut plus toucher au terrain dont il s'agit, ne peut-il pas au moins forcer les échevins à l'acheter, pour conserver aux cendres de ceux qui y sont enterrés, une retraite paisible et assurée? Il est peu d'habitans de Marseille qui n'aient des parens ensevelis dans l'endroit contentieux: s'agissant donc d'un intérêt commun, c'est la communauté qui doit supporter les frais funéraires, parmi lesquels le prix du lieu de la Sépulture est un des plus privilégiés, suivant la loi 37, D. *de religiosis*. C'est d'ailleurs la décision de la loi 7 du même titre. Mais ces raisons qui seraient fondées, si, dans des temps libres, on avait destiné l'enclos du sieur Silvy à servir de cimetière, qu'on l'eût béni, et qu'on s'en fût servi en cette qualité, n'ont aucune espèce d'application à un terrain où, par une nécessité pressante, on a enterré des morts: un tel champ doit être regardé comme un champ de bataille que personne n'est jamais tenu d'acheter.

» Mais si les raisons proposées par le sieur Silvy, ne suffisent pas pour obliger les échevins à acheter son enclos, elles méritent au moins qu'on prescrive un plus long terme que celui qui a été fixé, avant qu'on puisse y toucher. Il est certain que, si l'on y creusait après l'espace de deux années, il pourrait en sortir des vapeurs malignes, et capables de rallumer le feu de la contagion. Il faut donc laisser écouler un temps suffisant pour réduire en poussière ces tas immenses de corps mêlés avec des hardes pestiférées : et comme il vaut mieux, dans une matière si importante, manquer par excès que par défaut de précautions, il semble que ce temps ne peut être moindre de dix années. Ainsi, la sentence doit être infirmée sur ce point, et confirmée dans le surplus de ses dispositions ».

Par arrêt du 13 décembre 1723, il a été prononcé tout d'une voix, conformément à ces conclusions.

IX. La Sépulture des principaux personnages de l'État, avait fait, avant la restauration de 1814, la matière d'un décret du 20 février 1806, que l'on peut voir dans le *Bulletin des lois*.

X. Sur la violation des Sépultures, *V.* l'article *Cadavre*, n° 8.]]

[[SÉQUESTRATION. C'est l'action de Séquestrer.

Appliqué aux personnes arrêtées, détenues, enlevées illégalement et par de simples particuliers, ce mot est synonyme de *Plagiat*. *V.* l'article *Plagiat*, n° 2.

Appliqué aux choses, le mot *Séquestration* désigne l'action de mettre en Séquestre. *V.* l'article suivant.]]

* SÉQUESTRE. Ce mot se dit tant de la consignation d'une chose litigieuse en main tierce pour la conserver à qui elle appartient, que de la personne même à laquelle le dépôt est confié.

[[« Le Séquestre (dit l'art. 1955 du Code civil) est ou conventionnel ou judiciaire ».

§. I. *Du Séquestre conventionnel*.

Les articles suivans du Code civil expliquent fort clairement la nature, l'objet et les effets de ce Séquestre.

« 1956. Le Séquestre conventionnel est le dépôt fait par une ou plusieurs personnes, d'une chose contentieuse, entre les mains d'un tiers qui s'oblige de la rendre, après la contestation terminée, à la personne qui sera jugée devoir l'obtenir.

» 1957. Le Séquestre peut n'être pas gratuit.

» 1958. Lorsqu'il est gratuit, il est soumis aux règles du dépôt proprement dit, sauf les différences ci-après énoncées.

» 1959. Le Séquestre peut avoir pour objet, non-seulement des effets mobiliers, mais même des immeubles.

» 1960. Le dépositaire chargé du Séquestre ne peut être déchargé avant la contestation terminée, que du consentement de toutes les parties intéressées, ou pour une cause jugée légitime ».]]

§. II. *Du Séquestre judiciaire*.

I. Le Séquestre judiciaire peut être ordonné, ou d'office, ou à la réquisition des parties.

On l'ordonne d'office principalement dans les matières de complainte, lorsque les parties n'ont pas un droit plus apparent l'une que l'autre.

On l'ordonne à la réquisition des parties, lorsqu'il y a plusieurs prétendans droit à la propriété d'une chose, sans que l'une ni l'autre ait la possession annale en sa faveur, et puisse conséquemment faire usage de l'action possessoire.

[[L'art. 1961 du Code civil détermine ainsi les cas où il peut y avoir lieu au *Séquestre ou dépôt judiciaire*.

« La justice peut ordonner le Séquestre

» 1° Des meubles saisis sur un débiteur;

» 2° D'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes (1).

(1) Remarquez bien que la loi dit, *la justice peut*, et non pas, *la justice doit*.

Le refus que fait le juge d'ordonner le Séquestre d'un objets litigieux, ne peut donc jamais être considéré comme une contravention à la loi.

En 1812, Julien Dumoulin fait citer Guillaume Lefebvre devant le juge de paix, pour le faire condamner à des dommages intérêts résultant du trouble qu'il éprouve, de sa part, dans la jouissance d'un fossé dont il prétend avoir la possession exclusive depuis plus d'un an.

Guillaume Lefebvre répond qu'il a lui-même la possession annale de ce fossé, et il demande à y être maintenu.

Jugement qui ordonne des enquêtes; et les enquêtes rapportées, jugement définitif qui déclare que Dumoulin a seul la possession du fossé, et fait défense à Lefebvre de l'y troubler.

Mais sur l'appel, le tribunal civil d'Argentan rend, le 9 juin de la même année, un jugement qui réforme celui du juge de paix et maintient les deux parties en possession du fossé, « Attendu qu'il résulte » de leurs enquêtes, qu'elles y ont cumulativement et

» 3o Des choses qu'un débiteur offre pour sa libération ».

A ces trois cas, l'art. 688 du Code de procédure civile en ajoute un quatrième : « Si « les immeubles saisis réellement (porte-t-il, » art. 688) ne sont pas loués ou affermés, le » saisi en restera en possession jusqu'à la vente, » comme Séquestre judiciaire, à moins qu'il » ne soit autrement ordonné par le juge, sur la » réclamation d'un ou de plusieurs créanciers. » Les créanciers pourront néanmoins faire » faire la coupe et la vente en tout ou en par- » tie, des fruits pendans par les racines ».]]

II. Dans tous les cas, celle des parties qui a intérêt de demander le Séquestre des fruits pendant la contestation, présente une requête incidente, et, en vertu de l'avenir qui suit ou accompagne cette requête, elle poursuit l'audience sur la demande en Séquestre selon la manière ordinaire. Cela est ainsi réglé par les art. 1 et 2 du tit. 19 de l'ordonnance du mois d'avril 1667.

III. Les art. 3, 4 et 5 ont déterminé la forme de la nomination du Séquestre. Comme les parties doivent également concourir à cette nomination, elle ne peut se faire qu'en présence d'un des juges, *parties dûment appelées*. C'est pour cela que l'ordonnance veut que le jugement qui ordonne le Séquestre, nomme en même temps le commissaire devant lequel les parties seront tenues de procéder, et qu'il prescrive le temps dans lequel il faudra qu'elles comparaissent.

Si les parties se présentent devant le commissaire au jour indiqué, on procède de concert à la nomination du Séquestre : si l'une des parties ne comparaît pas, ou que, comparaissant, elle refuse de convenir d'un Séquestre, le juge en nomme un d'office, à moins que, eu égard aux circonstances, il ne juge à propos de donner un nouveau délai. L'ordonnance l'y autorise, pourvu que ce nouveau délai ne soit pas plus long que de huitaine.

Le Séquestre nommé doit être solvable, relativement à l'administration dont il est chargé; et, comme il ne pourrait pas commodément vaquer à cette administration, s'il était trop éloigné du lieu où sont situés les choses séquestrées, il doit y être résidant, ou du moins en être proche. C'est pourquoi, lorsque les choses saisies sont trop éloignées les unes des autres pour qu'un même Séquestre puisse les régir toutes commodément, on nomme différens Séquestres. Mais comme la multiplication des Séquestres occasionne de nouveaux frais, on ne doit s'y prêter que lorsqu'elle est absolument nécessaire, suivant les rencontres. La coutume de Berry veut qu'il n'y ait qu'un Séquestre, si les biens ne sont éloignés que de six lieues l'un de l'autre.

Et comme dans la nomination du Séquestre, on ne doit envisager que l'intérêt des parties et le bien de la justice, il est défendu au juge de donner cette commission à aucun de ses parens ou alliés jusqu'au degré de cousin germain inclusivement, à peine de nullité, de 100 livres d'amende, et de répondre en son nom des dommages et intérêts des parties, dans le cas d'insolvabilité du Séquestre.

Quand le Séquestre est nommé, il faut, suivant les dispositions de l'art. 6, le faire assigner pour prêter serment devant le juge; à quoi il peut être contraint par amende ou par saisie de ses biens, si toutefois il n'a aucune excuse suffisante pour se dispenser d'accepter la commission. Cette jurisprudence est fondée sur ce que la fonction de Séquestre est une charge publique qu'on est obligé de remplir quand on n'a aucun titre d'exemption à cet égard.

Après la prestation du serment, le Séquestre doit être mis en possession des choses confiées à sa garde. Cela se fait par le ministère d'un huissier, qui, pour constater la mise en possession, doit en dresser un procès-verbal contenant une déclaration spéciale et détaillée de toutes les choses séquestrées.

Ce procès-verbal ne fait foi qu'autant qu'il est signé du Séquestre, ou du moins il doit y être fait mention de l'interpellation que l'huis-

---

» sans trouble, exercé des actes de possession; que, » dans ce cas, on ne peut attribuer la possession ex- » clusivement à l'un au préjudice de l'autre; mais » seulement se borner à les maintenir dans la posses- » sion respective qui leur est acquise, sauf à elles à se » pourvoir au pétitoire, si elles le jugent convena- » ble ».

Recours en cassation contre ce jugement de la part de Dumoulin.

Par arrêt du 28 avril 1813, au rapport de M. Babille,

« Considérant que l'art. 1961 du Code civil, la seule loi invoquée par le demandeur, dit seulement que la justice *peut* ordonner le Séquestre d'un immeuble dont la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes; et qu'ainsi, cet article ne fait pas de ce Séquestre une mesure d'obligation pour le juge, qui a au contraire la faculté de l'ordonner ou de ne pas l'ordonner, selon qu'il l'estime convenable; d'où il suit qu'en maintenant, dans l'espèce, les parties dans leur possession respective du terrain contentieux, parceque, d'après les enquêtes, chacune d'elles a exercé, cumulativement et sans trouble, des actes de possession sur ce terrain, le jugement attaqué n'a pu violer cet article;

» La cour rejette le pourvoi..... ».

sier lui a faite de signer, et de la cause de son refus. L'omission de ces formalités, non-seulement opérerait la nullité du procès-verbal, mais mettrait encore l'huissier dans le cas d'être condamné à 50 livres d'amende au profit de celui qui poursuit l'établissement du Séquestre, et à tous dépens, dommages et intérêts. D'ailleurs, comme les procès-verbaux de cette sorte sont au nombre des exploits importans dont il est essentiel de ne point laisser les huissiers seuls maîtres, l'abrogation générale des recors et l'établissement du contrôle ne dispensent point les huissiers de se faire assister, dans ces cas particuliers, de deux témoins sachant signer, lesquels doivent signer le procès-verbal, après que déclaration y a été faite des noms, surnoms, qualités, domiciles et vacations de ces témoins. Toutes ces règles sont établies par les art. 7, 8 et 9.

Lorsque les choses séquestrées consistent en quelques jouissances, le Séquestre doit en poursuivre promptement le bail judiciaire, après avoir appelé toutes les parties intéressées. Ce sont les dispositions de l'art. 10.

Au moment de l'adjudication du bail, le séquestre est obligé, suivant l'art. 11, de faire arrêter les frais de ce bail sur-le-champ par le juge, sans qu'il puisse les faire taxer séparément, à peine de perdre ces frais et de 20 livres d'amende.

Les réparations ou autres impenses nécessaires aux lieux séquestrés, ne peuvent être faites que par autorité de justice, les parties dûment appelées; autrement, elles tombent en pure perte à ceux qui les ont fait faire. Il est d'ailleurs défendu aux Séquestres, sous peine de 20 livres d'amende et de tous dépens, dommages et intérêts, de se rendre adjudicataires de ces réparations. Telles sont les dispositions de l'art. 12. : « Si aucun empêche » par violence (porte l'art. 16) l'établissement » ou l'administration du Séquestre, ou la le» vée des fruits, il perdra le droit qu'il eût » pu prétendre sur les fruits par lui pris et en» levés, lesquels appartiendront incommuta» blement à l'autre partie, et sera en outre » condamné à 300 livres d'amende envers » nous, et dont il ne pourra être déchargé; » et l'autre partie sera mise en possession » des choses contentieuses, sans préjudice des » poursuites extraordinaires que nous enten» dons être faites pas nos procureurs généraux » ou nos procureurs sur les lieux, contre ce» lui qui aura fait la violence; auxquels nous » enjoignons, et à nos autres officiers, d'y te» nir la main ».

Comme on n'ordonne le Séquestre que dans le cas où la justice pense qu'aucune des parties litigantes ne doit avoir la possession provisoire, l'art. 18 leur a défendu de prendre, directement ni indirectement, le bail des choses séquestrées.

L'art. 19 veut que les sentences qui ordonnent les Séquestres, s'exécutent par provision, nonobstant l'appel et sans y préjudicier.

Les Séquestres demeurent déchargés de plein droit pour l'avenir, aussitôt que les contestations d'entre les parties ont été définitivement jugées; mais ils sont obligés de rendre compte de leur commission pour le passé. C'est ce que porte l'art. 20.

Et l'art. 21 veut que ceux qui ont fait établir un Séquestre, fassent vider leur différend dans le cours de trois années, à compter du jour de l'établissement du Séquestre : autrement, les Séquestres demeurent déchargés de plein droit, sans qu'il leur faille d'autre décharge; à moins toutefois que le Séquestre n'ait été continué par le juge, en connaissance de cause. (M. Guyot.) *

[[IV. De toutes ces dispositions, le Code de procédure civile n'en renouvelle aucune; et, par conséquent, il n'y en a plus une seule qui, par elle même, fasse loi.

Voici, au surplus, ce que règle le Code civil tant sur les obligations qui naissent du Séquestre judiciaire, que sur la manière de le déférer :

« Art. 1962. L'établissement d'un gardien judiciaire produit, entre le saisissant et le gardien, des obligations réciproques. Le gardien doit apporter pour la conservation des effets saisis, les soins d'un bon père de famille.

» Il doit les représenter, soit à la décharge du saisissant pour la vente, soit à la partie contre laquelle les exécutions ont été faites, en cas de main-levée de la saisie.

» L'obligation du saisissant consiste à payer au gardien le salaire fixé par la loi.

» 1963. Le Séquestre judiciaire est donné, soit à une personne dont les parties intéressées sont convenues entre elles, soit à une personne nommée d'office par le juge.

» Dans l'un et l'autre cas, celui auquel la chose a été confiée, est soumis à toutes les obligations qu'emporte le Séquestre conventionnel ».

V. les articles *Gardien*, *Dépôt*, *Vol* et les deux suivans.]]

[[SÉQUESTRE DE GUERRE. C'est la main-mise d'un gouvernement qui est en guerre contre un autre, sur les biens que possèdent dans son territoire et le gouvernement ennemi et les sujets de ce gouvernement.

Cette main-mise, en tant qu'elle s'exerce sur les biens du gouvernement ennemi, n'a rien que de juste, et l'usage en est universellement reçu.

En tant qu'elle s'exerce sur les biens des sujets de ce gouvernement, l'usage n'en est plus aussi fréquent qu'il l'a été autrefois; mais n'a-t-elle rien de contraire aux principes du droit des gens?

Vatel, liv. 5, chap. 5, §. 77, prouve très-bien que l'intérêt des gouvernemens, l'honneur, la bonne foi et l'équité s'opposent à la pratique de cette main-mise; cependant il finit par convenir « que le souverain peut, à la ri» gueur, confisquer les dettes de ses sujets en» vers ses ennemis ».

Pothier, dans son *Traité des personnes*, tit. 2, sect. 2, dit que, « lorsque nous sommes en » guerre avec une puissance étrangère, tous » les étrangers qui sont soumis à cette puis» sance, sont obligés de sortir du royaume » dans le temps prescrit et fixé. Ils doivent aussi » (continue-t-il) mettre hors de leurs mains » tous les biens qu'ils possèdent en France. » S'ils ne font pas l'un et l'autre dans un délai » qui leur est indiqué, le Roi s'empare de leurs » biens. Ils peuvent aussi eux-mêmes être ar» rêtés, et alors, on les oblige de payer une » rançon pour obtenir leur liberté ».

Grotius, *de jure belli et pacis*, liv. 3, chap. 5 et 6, n'hésite pas à reconnaître que chaque puissance peut confisquer les biens que possèdent chez elle les sujets des états ennemis.

Bynkersock, *quæstiones juris publici*, liv. 1, *de rebus bellicis*, chap. 8, établit également que l'un des effets de la guerre est que les ennemis soient privés de tout droit et proscrits; et que de là il résulte que ceux de leurs biens qui se trouvent chez l'ennemi, changent de maître et passent dans le domaine du fisc: *et sanè cùm ea sit belli conditio, ut hostes sint omni jure spoliati proscripti que, rationis est quascumque res hostium apud hostes inventas, dominum mutare et fisco cedere.*

Le même auteur rappelle l'édit de Louis XIV qui, pendant la guerre déclarée par ce prince aux états généraux des Provinces-Unies, en 1672, prononça la confiscation des créances des Hollandais sur des Français. Il ajoute que les évêques de Cologne et de Munster, alliés de la France, publièrent alors des édits semblables.

A la vérité, il oppose à ces édits le manifeste par lequel les états-généraux les dénoncèrent à l'Europe comme une infraction des usages reçus. Mais, quoique Hollandais lui-même, il ne peut s'empêcher de blâmer ce manifeste; il prouve que, dans des guerres antérieures, les états-généraux avaient souvent exercé le même droit; et il finit par dire qu'en cas de guerre, le droit commun autorise la confiscation des créances comme celle des autre biens: *sed profectò videtur esse jus commune ut et actiones publicentur, ex eadem nempè ratione quâ corporalia quœlibet. Actiones utiquè sive credita non minùs, jure gentium, sunt in dominio nostro, quàm alia bona; et cur igitur in his jus belli sequamur, in illis non sequamur?*

Tout le monde sait qu'en 1778, les États-Unis de l'Amérique confisquèrent les créances des sujets du roi d'Angleterre sur les Américains.

En 1793, une cédule du roi d'Espagne, du 6 juin, créa, sous le nom de *Junte de Repré-sailles*, une commission pour rechercher et séquestrer tous les biens et toutes les créances des Français précédemment expulsés de tout le territoire Espagnol (1).

Aussitôt qu'elle fut informée de cette mesure, la convention nationale, usant du droit de représailles, rendit, le 16 août de la même année, un décret ainsi conçu:

« Art. 1. Les biens et les propriétés que les sujets et vassaux du roi d'Espagne ont en France, sous quelque dénomination qu'ils puissent être, soit en immeubles, soit en meubles ou marchandises, rentes viagères ou perpétuelles, seront saisis et séquestrés au nom de la république.

» 2. Le produit en sera appliqué à l'indemnité et aux secours dus aux citoyens français qui ont été expulsés ou dépouillés de leurs biens en Espagne. Le résidu du produit de ces biens, s'il y en a, sera employé à dédommager les Français qui auront souffert quelque perte ou préjudice de la part des armées espagnoles ».

En exécution de ce décret, il en fut rendu un autre le 26 du même mois, qui enjoignit aux débiteurs des Espagnols de faire la déclaration de leurs dettes dans le plus bref délai.

Le 18 messidor an 2, un troisième décret ordonna les mêmes mesures envers les créances et les biens de tous les sujets des puissances en guerre avec la France; cette loi n'accorda qu'un délai d'un mois pour les déclarations; et prescrivit, en termes exprès, le versement à la trésorerie, de tout ce qui était dû aux personnes qu'elle frappait.

(1) *V.* le *Moniteur* du 16 août 1793.

Ces mesures ne furent révoquées que par la *loi du 14 nivôse an 3*; et encore est-il à remarquer que cette loi maintint le Séquestre des propriétés des gouvernemens ennemis.

[[*V.* l'art. 4 du décret du 21 novembre 1806, rapporté aux mots *Prises maritimes*, §. 3, art. 3, n° 7; et mon *recueil de Questions de droit*, aux mots *Séquestre de guerre.*]]

[[SÉQUESTRE POUR CONTUMACE. C'est ce qu'on appelait dans l'ancienne procédure, *Annotation. V.* ce mot.

Suivant l'art. 464 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4, tous les biens de l'accusé contumax devaient être séquestrés au profit de l'État et mis sous la main de l'administration de l'enregistrement et des domaines, du moment où le président de la cour de justice criminelle avait rendu la seconde ordonnance qui formait la clôture de l'instruction par contumace.

L'art. 475 ajoutait : « Tous les fruits, revenus et produits qui sont, en exécution de » l'ordonnance mentionnée dans l'art. 464, » perçus par les receveurs d'enregistrement, » et par eux versés dans les caisses nationales, » appartiennent irrévocablement à la répu- » blique, sauf les secours à accorder aux » femmes, aux enfans, au père ou à la mère » de l'accusé, s'ils sont dans le besoin ».

L'art. 478 portait que, si l'accusé contumax se représentait, ou se constituait prisonnier, « ses biens, à l'exception des fruits perçus » ou échus antérieurement, lui seraient ren- » dus ».

Quand cessait donc le Séquestre, à défaut de représentation ou d'arrestation du contumax ?

« Après la mort du contumax prouvée légalement (répondait l'art. 482), ou après » 50 ans de la date de sa condamnation, » ses biens, à l'exception des fruits perçus » ou échus antérieurement, sont restitués » à ses héritiers légitimes. Néanmoins, après » 20 ans, les héritiers peuvent, en donnant » caution, être envoyés provisoirement en » possession des biens ».

L'art. 28 du Code civil a dérogé aux art. 475 et suivans, en ce que, relativement aux condamnés par contumace pour crime emportant la mort civile, il porte simplement que *leurs biens seront administrés et leurs droits exercés de même que ceux des absens.*

Mais, comme je l'ai démontré dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Séquestre pour contumace*, il a laissé subsister les dispositions de ces articles pour les condamnés par contumace à des peines qui n'emportaient pas la mort civile; et il faut convenir que c'était une bizarrerie choquante.

Heureusement le Code d'instruction criminelle de 1808 l'a fait disparaître.

Par l'art. 465 de ce Code, il est dit que, si l'accusé ne se représente pas ou ne peut pas être saisi dans les dix jours qui suivent la notification faite à son domicile, de l'arrêt de mise en état d'accusation, il sera rendu « une » ordonnance portant qu'il sera tenu de se » représenter dans un nouveau délai de dix » jours, sinon...., que ses biens seront *sé-* » *questrés pendant l'instruction de la con-* » *tumace* ».

Cet article ne dit pas que le séquestre aura lieu au profit de l'Etat; et l'on ne peut pas raisonnablement supposer que telle soit l'intention du législateur; car *Séquestrer* et *confisquer* sont deux choses bien différentes; et l'une n'emporte pas l'autre de plein droit. Aussi l'art. 466 se borne-t-il à dire que « le » procureur général adressera cette ordonnan- » ce au directeur des domaines et droits d'en- » registrement du domicile du contumax ».

Mais, poursuit l'art. 471, « si le contu- » max est condamné, ses biens seront, *à* » *partir de l'exécution de l'arrêt* (par ef- » figie), considérés et régis comme biens » d'absent; et le compte du Séquestre sera » rendu à qui il appartiendra, après que la » condamnation sera devenue irrévocable par » l'expiration du délai pour purger la contu- » mace », c'est-à-dire, après vingt ans.

Ainsi, avant la condamnation par contumace, les fruits sont simplement séquestrés. Après la condamnation, ils sont mis en réserve pour être rendus, soit à l'accusé contumax, s'il se représente sans avoir encouru irrévocablement la mort civile, soit à ses héritiers, s'il ne se représente pas, ou s'il a encouru irrévocablement la mort civile, au moment où il se représente.

Mais après comme avant la condamnation, c'est toujours l'administration de l'enregistrement qui fait les fonctions de Séquestre. C'est ce qui résulte de l'art. 472, qui veut que, dans les trois jours du jugement de condamnation, il en soit « adressé un extrait » au directeur des domaines et de l'enregis- » trement du domicile du contumax ».

Voici, au surplus, comment s'est expliqué l'orateur du gouvernement, M. Berlier, en présentant ces nouvelles dispositions au corps législatif :

« Dans l'état présent de notre législation, ces fruits et revenus sont séquestrés au profit de l'Etat et *lui appartiennent irrévocable-*

ment ; la loi du 3 brumaire an 4 contient une disposition expresse à ce sujet.

» Cette confiscation des fruits était-elle juste et commandée par l'intérêt public ? On n'a point pensé. A la vérité, si l'on recourt aux anciens usages de la monarchie, l'on y voit le contumax placé *extrà sermonem regis*, ce que Montesquieu traduit par ces mots, *hors la protection du Roi* ; et l'on sent bien qu'un tel état de choses devait entraîner les confiscations à sa suite.

» Mais, sans considérer ce qui existait dans ces anciens temps, ou même à des époques plus rapprochées de nous, qu'y a-t-il d'essentiellement important dans la matière qu'on discute, quel est le but que la loi doit se proposer ? C'est d'obliger le contumax à se représenter ; tout ce qui tend à cette fin, est utile ; tout ce qui irait au-délà, est de trop.

» D'après ces données, l'on conçoit toute l'utilité du Séquestre : en effet, il ne faut pas, en laissant au contumax la possession de ses biens et la jouissance de ses revenus, le mettre dans le cas de perpétuer sa désobéissance à la loi.

» En le privant de la jouissance de ses biens, la loi emploie le plus puissant mobile qu'elle ait en son pouvoir, pour l'obliger à se représenter, mais l'expectative de la réintégration sera une prime d'autant plus efficace, qu'elle sera moins accompagnée de restrictions, et que la soumission du contumax lui sera plus profitable.

» La confiscation irrévocable des fruits et revenus échus durant la contumace, irait donc contre le but qu'on doit se proposer ; et elle serait surtout extrêmement dure envers l'homme qui, ayant purgé sa contumace, serait reconnu innocent ».]]

[[SÉQUESTRE POUR ÉMIGRATION. *V.* l'article *Émigration*, §. 2.]]

* SERGENT. Bas officier de justice, dont la fonction est de donner des exploits, des assignations, de faire des exécutions, des contraintes, des saisies, d'arrêter ceux contre lesquels il y a un décret, etc.

Ce mot vient du latin *serviens*, et de ce que les Sergens sont les serviteurs, les agens de la justice.

Presque tous les sergens se sont attribué le titre d'*huissier-Sergent* ou d'*huissier* simplement, quoique le titre d'huissier ne convienne véritablement qu'à ceux d'entre les Sergens qui sont préposés à la garde de l'*huis* ou porte de l'auditoire. (M. Guyot.) *

[[La dénomination de *Sergent* ne se trouve pas dans les nouvelles lois sur l'organisation et la procédure judiciaire : il n'y est plus question que d'*huissiers*.]]

SERGENT A GARDE. *V.* l'article *Garde des bois*, sect. 1, §. 1.

* SERGENTERIE. On donne ce nom en Normandie à des fiefs nobles, patrimoniaux et héréditaires qui passent aux mâles comme aux filles, qui peuvent être exercés par les propriétaires nobles d'extraction, dont ils peuvent louer l'exercice et dont les propriétaires, soit hommes, soit femmes, doivent foi et hommage et non relief : c'est le vœu de l'art. 157 de la coutume de cette province.

La création des Sergenteries est aussi ancienne que celle des autres fiefs de cette province. C'était la récompense militaire, *prædia militaria*, des premiers guerriers qui conquirent la Normandie.

Leurs anciennes fonctions étaient de maintenir par la force des armes et de conserver le droit de la justice dans toute sa splendeur ; c'est pourquoi ils ont été appelés *sergens nobles du plé-de-l'épée*, ou *sergens de la querelle*.

Les priviléges des sergens nobles consistaient autrefois au pouvoir d'assister, de donner leurs avis, et d'avoir séance honorable aux assises de l'échiquier, qu'eux seuls pouvaient *semoncer ou convoquer* : ils jugeaient provisoirement les affaires ordinaires, recevaient les plaintes, faisaient les informations, citaient et ajournaient toute personne devant le duc ou les juges de l'échiquier.

Les fonctions actuelles des sergens nobles de cette province ont été fixées par le tit. 13 du réglement du parlement de Normandie, revêtu de lettres patentes, du 18 juin 1769. (M. Ducauroy de La Croix.) *

[[Les Sergenteries normandes ont été supprimées avec le régime féodal, par les lois du 4 août 1789.]]

[[SERMENT. Ce terme désigne, tantôt une promesse dont on garantit la sincérité par l'invocation du nom de Dieu, tantôt l'affirmation d'un fait sur la vérité duquel on prend la divinité à témoin.

Il suit de cette définition qu'il y a deux sortes de Sermens : celui que les jurisconsultes qualifient de *promissorium*, et celui qu'ils appellent *assertorium*.

Nous parlerons successivement de l'un et de l'autre, et nous nous occuperons ensuite de ce qu'ils ont de commun.

§. I. *Du Serment promissoire.*

I. L'objet du Serment considéré comme

promesse, est, soit de garantir que les fonctions publiques ou certains devoirs seront fidèlement remplis, soit d'assurer l'exécution d'un contrat, d'une renonciation, d'un acte quelconque.

Les formes et les règles du Serment *promissoire* varient suivant ces divers rapports.

C'est aussi de la diversité de ces rapports que dépend la peine qu'encourent ceux qui, etant tenus à un Serment *promissoire*, refusent de le prêter.

ART. I. *Du Serment que doivent prêter les fonctionnaires publics.*

» Le Serment que prêtent les officiers à leur » réception (dit Loyseau, *Traité des Offices*, » liv. I, chap. 4, n° 71), *est veri sacramentum, » id est religiosa observatio quæ arcanis quibusdam ceremoniis peragitur.* Aussi, est-» ce en ce serment que gît la principale cérémonie de la réception; et c'est ce Serment » qui attribue et accomplit en l'officier, l'ordre, le grade et, s'il faut ainsi parler, le » caractère de son office, et qui lui défère la » puissance publique ».

La nécessité de la prestation d'un Serment, de la part de tout fonctionnaire public, avant son entrée en exercice, était, sous l'ancien régime, si constante, si générale, que les pairs de France y étaient soumis comme les autres officiers.

Un arrêt du parlement de Paris, du 12 juin 1735, a fait défense à M. de Saint-Albin, qui avait été transféré en 1722 de l'évêché-pairie de Laon à l'archevêché de Cambrai, *de prendre en aucun acte la qualité de pair de France, comme n'ayant point été reçu en la qualité, office et dignité de pair de France.*

« Si la pairie est une véritable dignité (disait sur le même sujet M. d'Aguesseau, dans l'assemblée des chambres de la même cour, de 9 mars 1716), elle exige nécessairement une réception, une prestation de Serment, en un mot, une prise de possession solennelle, où la puissance publique achève de former le caractère de l'homme public. L'élévation de dignité ne peut servir qu'à rendre cette maxime plus inviolable et plus nécessaire pour le maintien de l'autorité royale. Quelque éminentes que soient les dignités de chancelier et de connétable, elles sont néanmoins assujéties, sur ce point, à la règle commune de toutes les dignités. Ceux que le Roi honore de son choix pour remplir ces places importantes, ceux même à qui il en a donné des provisions, pourraient-ils jouir des prérogatives personnelles qui y sont attachées, jusqu'à ce qu'ils se soient liés par un nouveau Serment à la majesté royale, et que, par cette solennité, elle leur ait imprimé le sceau de la puissance publique?

» Que si les pairs de France opposent à une comparaison si naturelle, que ces dignités, quelque éminentes qu'elles soient, ne sont pas héréditaires comme celle de pairs de France, tout ce qui résulte de cette différence, est que ceux qui sont appelés successivement à la pairie, ne sont pas obligés de prendre, de degré en degré, de nouvelles lettres du Roi; ils ont la propriété de leur dignité, en vertu des premières dans lesquelles ils sont tous compris, comme des branches dans leur tige, et des ruisseaux dans leur source. Mais il y a une grande différence entre la propriété de l'office et le caractère de l'officier. L'une est acquise au pair par succession, comme elle l'est aux autres officiers par leurs provisions; mais il ne peut acquérir l'autre que par une réception à laquelle il n'est pas moins assujéti que ceux qui remplissent des dignités non héréditaires. Il est donc, en vertu des lettres accordées à toute sa race, dans le même état où les autres officiers se trouvent avec des provisions qui ne regardent que leurs personnes; et comme un connétable ne pourrait jouir d'aucune des prérogatives personnelles de sa charge, avant que d'avoir prêté le serment, quoiqu'il en eût des provisions, la loi doit être égale pour le successeur d'un pair de France, quoiqu'il ait des lettres obtenues par son auteur qui lui tiennent lieu de provisions. Tous deux ont un droit à la chose; mais tous deux ne peuvent jouir de ce droit, qu'après y avoir été admis par le prince ou par ceux qui ont l'honneur de le représenter en cette matière...».

Ces principes n'ont rien perdu de leur force par la révolution qui s'est opérée de nos jours dans les pouvoirs publics: les dignités, les fonctions, les offices ont changé; mais la nécessité du Serment est restée la même.

II. Devant qui doit être prêté le Serment que l'on vient de voir être le préliminaire essentiel de l'exercice de toute fonction publique?

Il serait trop long de répondre à cette question dans toute son étendue (1): bornons-nous

(1) On a parlé sous les mots *Commis*, n° 3, *Garde champêtre*, *Garde des bois*, sect. 1, §. 2, sect. 3 et 5, et *Octrois*, des juges entre les mains desquels doit être prêté le Serment des préposés des administrations de l'enregistrement, des douanes et des autres contributions indirectes, des préposés à la perception des octrois, des gardes champêtres et des gardes forestiers.

aux fonctions publiques de l'ordre judiciaire.

1° Le décret du 24 messidor an 12 détermine ainsi le mode de prestation du Serment des magistrats.

« Art. 1. A l'avenir, la prestation du Serment de chacun des membres des tribunaux ci-après désignés, lors de sa réception, sera faite de la manière suivante.

» 2. Le tribunal de première instance recevra le Serment des juges de paix de son arrondissement, et de leurs suppléans.

» 3. Les présidens et autres juges des tribunaux de première instance, le procureur (du Roi) et ses substituts près ces tribunaux, et les juges des tribunaux de commerce, prêteront le Serment devant la cour d'appel à laquelle ils ressortissent.

»4. Les premiers présidens des cours d'appel et des cours criminelles recevront le serment des juges et celui des substituts du procureur général près les tribunaux qu'ils président ».

La disposition de l'art. 3 de ce décret est modifiée, en ce qui concerne les membres des juridictions commerciales, par l'art. 629 du Code de commerce : « Ils prêtent serment » (porte cet article) avant d'entrer en fonc» tions, à l'audience de la cour d'appel, lors» quelle siége dans l'arrondissement commu» nal où le tribunal de commerce est établi; » dans le cas contraire, la cour d'appel commet, » si les juges de commerce le demandent, le » tribunal civil de l'arrondissement pour re» cevoir leur serment; et, dans ce cas, le tri» bunal en dresse procès-verbal, et l'envoie à » la cour d'appel qui en ordonne l'insertion » dans ses registres. Ces formalités sont rem» plies sur les conclusions du ministère pu» blic, et sans frais ».

II. Du principe établi ci-dessus, n° 1, que le caractère public des fonctionnaires n'achève de se former que par la prestation du Serment auquel celui-ci est tenu, il résulte que tout acte d'autorité publique qui serait fait par un fonctionnaire non encore assermenté, ne pourrait être considéré que comme nul.

Le 14 décembre 1807, Elisabeth Maure, épouse d'André Roch, est assignée, à la requête du nommé Deschamps, devant le tribunal de police du canton de Saint-Tropez, en réparation d'injures verbales.

Elle comparaît à l'audience du 21 du même mois, tenue par le sieur Jourdan, second suppléant du juge de paix.

Par jugement de même jour, la cause est continuée au 4 janvier 1808; et le 4 janvier 1808, le sieur Jourdan rend un jugement définitif, par lequel il condamne Elisabeth Maure à une amende de la valeur de deux journées de travail, à 12 francs de dommages-intérêts envers le plaignant, et aux frais.

Elisabeth Maure se pourvoit en cassation contre ce jugement.

« Il a été rendu (dit-elle) par un homme qui n'avait pas caractère pour juger. Quand un suppléant remplace le juge de paix, il devient juge de paix lui-même. Or, l'art. 8 de la loi du 29 ventôse an 9 porte : *Il* (le juge de paix) *sera installé par le sous-préfet, après avoir prêté Serment à l'audience publique du tribunal d'arrondissement communal.* Dans le fait, il est prouvé par deux certificats, l'un du greffe de la justice de paix, l'autre du greffe du tribunal d'arrondissement, que le sieur Jourdan, auteur du jugement attaqué, n'a pas prêté le Serment requis. Le sieur Jourdan n'avait donc pas caractère pour juger; son jugement est donc nul.

» On ne peut pas objecter ici que l'exposante, lors du jugement, n'a pas proposé l'exception d'incompétence. S'il s'agissait d'un intérêt purement civil, cette objection pourrait avoir quelque fondement; mais il s'agit ici d'un intérêt public. En matière de délit, c'est la nation qui est partie contre l'accusé; et la nation qui va jusqu'à protéger l'accusé contre lui-même, ne veut pas qu'il soit jugé, même de son consentement, par des magistrats autres que ceux qu'elle a légalement établis ».

Par arrêt du 6 octobre 1808, au rapport de M. Bauchau, « la cour, avant faire droit, or» donne qu'à la diligence de M. le procureur » général, il sera justifié si, en décembre 1807, » le sieur Jean-Pierre Jourdan avait, en qua» lité de second suppléant de la justice de paix » de St Tropez, prêté le serment requis par » les lois ».

Et le 12 janvier 1809, arrêt définitif, par lequel,

« Vu l'art. 1er de la loi du 21 nivôse an 8, qui porte : *Les fonctionnaires publics dans l'ordre administratif et judiciaire. ...., ceux qui remplissent habituellement ou momentanément des fonctions, places ou emplois publics..., ne pourront commencer ou continuer l'exercice de leurs fonctions ou emplois, que préalablememt ils n'aient fait la déclaration suivante* : Je promets d'être fidèle, etc.

» Attendu que cette disposition est en pleine vigueur, bien qu'il ait été apporté quelque changement à la déclaration qu'elle prescrit; que les suppléans des juges de paix établis en exécution de la loi du 29 ventôse an 9, sont du nombre des fonctionnaires dont parle la disposition ci-dessus transcrite; qu'il est constant qu'à la date du 4 janvier 1808, date du jugement dénoncé, le sieur Jean-Pierre Jourdan n'avait pas prêté, en sa qualité de second

suppléant de la justice de paix de Saint-Tropez, le serment prescrit par la loi; que conséquemment il n'avait pas acquis le complément du caractère de second suppléant, et n'avait pas le pouvoir d'en exercer les fonctions :

» Par ce motif, la cour casse et annulle le jugement rendu le 4 janvier 1808, par le sieur Jourdan, au nom du tribual de police du canton de Saint-Tropez...».

IV. De là s'ensuit-il qu'un garde forestier qui a prêté Serment devant le juge du lieu où il est, pour la première fois, entré en fonctions, ne puisse pas, lorsqu'il est transféré dans un autre arrondissement, y instrumenter, sans avoir renouvelé son Serment devant le juge territorial?

Voici un arrêt de la cour de cassation, du 11 mars 1808, qui juge que non.

« Le garde du triage de Beauvilliers, dépendant du cantonnement de la Sous-inspection de Vendôme, avait constaté par procès-verbal du 6 juin 1807, un délit forestier commis dans les bois nationaux de Laborde-Melin, dépendant dudit triage. Ce garde avait déclaré, dans ce procès-verbal, qu'il avait prêté serment devant le tribunal de Vendôme. La cour de justice criminelle du département de Loir et Cher avait néanmoins annulé ce procès-verbal, sous prétexte que ledit garde n'avait pas prêté Serment devant le tribunal de l'arrondissement de Blois, dans l'étendue duquel était la résidence actuelle dudit garde.

» Excès de pouvoir, violation de l'art. 12 du tit. 3 de la loi du 15-29 septembre 1791, et de l'art. 13 du tit. 7 de la même loi; fausse application de l'art. 7 de la loi du 16 nivôse an 9.

» L'arrêt portant cassation est ainsi conçu :

» Ouï le rapport fait par M. Vergès... ;

» Vu l'art. 11 du tit. 3 de la loi du 15-29 septembre 1791, et l'art. 13 du tit. 7 de la même loi;

» Considérant que le garde du triage de Beauvilliers, dépendant du cantonnement et de la sous-inspection de Vendôme, a constaté par procès-verbal du 6 juin 1807, que trois vaches appartenant à Pierre Breton, dépaissaient, sous la garde de la fille dudit Breton, dans les bois nationaux de Laborde-Melin, dépendant dudit triage;

» Que ce garde a déclaré dans ce procès-verbal, qu'il avait prêté Serment en cette qualité devant le tribunal de l'arrondissement de Vendôme ;

» Que ce fait n'a pas même d'ailleurs été dénié ;

» Considérant que la cour dont l'arrêt est attaqué, a néanmoins annulé ledit procès-verbal, sous prétexte que ce garde n'avait pas prêté Serment devant le tribunal de l'arrondissement de la Bosse, dans laquelle ce garde réside, fait partie; que, lorsque ce garde a prêté Serment devant le tribunal de Vendôme, il résidait dans une commune dépendante de l'arrondissement de Vendôme ;

» Qu'en prêtant Serment devant ce tribunal, il s'est conformé à la commission qui lui avait été donnée par la conservation générale ;

» Qu'aucune loi n'oblige les gardes à renouveler leur Serment, lorsque le bien du service détermine la conservation générale à changer leur résidence, en laissant néanmoins subsister les mêmes fonctions dans la même étendue ;

» Que par conséquent ladite cour, en refusant d'ajouter foi au procès verbal d'un garde qui avait déjà légalement prêté Serment devant l'autorité compétente, et en annulant ce procès-verbal, a créé une nullité, commis un excès de pouvoir, violé les articles de lois ci-dessus transcrits, et fait une fausse application de l'art. 7 de la loi du 16 nivôse an 9 :

» La cour casse et annulle l'arrêt rendu le 13 novembre 1807, par la cour de justice criminelle du département de Loir et Cher »..... (*Bulletin criminel de la cour de cassation*).

Le 15 avril suivant, autre arrêt, au rapport de M. Babille, qui, dans les mêmes circonstances, par les mêmes motifs et presque dans les mêmes termes, casse un arrêt semblable de la même cour. (*Ibid*).

Mais il est à remarquer que ces arrêts ont été rendus avant la mise en activité du Code d'intruction criminelle de 1808, dont l'art. 16 limite les fonctions des gardes champêtres et *forestiers*, à la recherche, *chacun dans le territoire pour lequel ils sont assermentés*, des délits et des contraventions de police qui auraient porté atteinte aux propriétés rurales et forestières. Aussi la question a-t-elle jugée depuis la mise en activité de cet article, tout autrement qu'elle ne l'avait été précédemment.

Le 11 juin 1811, procès-verbal de deux gardes forestiers, qui énonce qu'Étienne Drevet et son fils ont fait pâturer des bestiaux, dans un bois communal non déclaré défensable. Chaufton, l'un des gardes, notifie le procès-verbal aux prévenus, et les assigne devant le tribunal correctionnel de la Tour-du-Pin, séant à Bourgoing.

Le 29 février 1812, jugement qui annulle le procès-verbal et l'assignation, attendu que Chaufton a bien prêté Serment au tribunal civil de Vienne, lors de sa nomination à une place de garde forestier dans l'arrondissement de ce tribunal; mais que, depuis sa transla-

tion dans l'arrondissement de la Tour-du-Pin, il n'a pas prêté un nouveau Serment devant le tribunal civil de Bourgoing.

Appel; et le 11 juin 1812, arrêt de la cour de Grenoble qui met l'appellation au néant. L'administration des forêts se pourvoit en cassation : mais par arrêt du 6 août suivant, au rapport de M. Basire,

« Attendu qu'aux termes de l'art. 16 du Code d'instruction criminelle, les gardes forestiers n'ont caractère pour exercer leurs fonctions, que dans le territoire pour lequels ils ont été assermentés;

» Qu'il est constant et reconnu au procès que, lors du procès-verbal qui a servi de base aux poursuites exercées contre Étienne Drevet et consorts, procès-verbal auquel avait concouru Chauston, et que lors de la citation introductive de l'instance qui a été notifiée par ledit Chauston, ce garde n'avait pas prêté Serment devant le tribunal de Bourgoing où les prévenus étaient cités, et dans le territoire duquel le prétendu délit avait été commis;

» La cour rejette le pourvoi... ».

V. L'art. 20 du décret du 1er germinal an 13 porte que le Serment prêté par les préposés de l'administration des contributions directes *sera enregistré au greffe et transcrit sur leur commission.*

Les préposés dont le Serment n'est que transcrit sur leur commission, en ont-ils moins qualité pour dresser des procès-verbaux? Le défaut d'enregistrement de leur Serment au greffe, leur ote-t-il tout caractère public?

Voici ce que décide là dessus un arrêt de la cour de cassation du 1er avril 1808:

« Par procès-verbal du 30 novembre dernier, les préposés de la régie des droits réunis ont constaté que le sieur Delisle, débitant d'eau de-vie, en avait chez lui une plus grande quantité que celle par eux observée lors de leur précédente visite; ils en ont conclu que cet excédant avait été introduit en fraude de la loi du 24 avril 1806, puisqu'il n'avait pas été fait à cet égard de déclaration; en conséquence, ils ont procédé à la saisie de ces eaux-de-vie.

» Sur la citation donnée à Delisle, en vertu de ce procès-verbal, au tribunal correctionnel de Vesoul, il s'est défendu en soutenant que le procès-verbal était nul, faute par les employés d'avoir fait enregistrer leur prestation de Serment au greffe, ainsi que le prescrivait l'art. 20 du décret du 1er germinal an 13.

» Cette défense fut adoptée, et la nullité du procès-verbal prononcée par jugement du 18 décembre 1807, lequel jugement, sur l'appel interjeté par la régie, a été confirmé par arrêt de la courde justice criminelle du département de la Haute-Saône.

» C'est contre cet arrêt que la régie s'est pourvue en la cour de cassation qui a statué sur le pourvoi ainsi qu'il suit :

» Ouï le rapport de M. Vermeil....;

» Vu l'art. 20 du décret du 1er germinal an 13;

» Et attendu 1° que les deux employés qui avaient procédé à la saisie dont il s'agit, ont, auparavant d'entrer en fonctions, prêté Serment devant le juge de paix de Vesoul, lieu de leur exercice, et que cette formalité est seule nécessaire pour la foi due à leurs procès-verbaux;

» 2°. Que cette prestation de Serment a été transcrite sur la commission de chacun de ces deux employés, afin qu'ils fussent à portée de justifier sans délai de leur caractère aux fraudeurs qui affecteraient de les méconnaître;

» 3°. Que la formalité de l'enregistrement de cette prestation de Serment au greffe du tribunal où elle a été faite, est uniquement à la charge du greffier, dont la négligence, en cas d'omission de sa part, ne peut priver les procès-verbaux des employés de la foi qui leur est due;

» D'où il résulte que la cour de justice criminelle du département de la Haute-Saône, en déclarant nul le procès-verbal dont il s'agit, à défaut de l'enregistrement au greffe, a fait, par son arrêt du 13 janvier dernier, une fausse application de la loi;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle ledit arrêt... ». (*Ibid*).

VI. Le fonctionnaire public qui a prêté son Serment devant une autorité incompétente, et a néanmoins exercé ses fonctions comme s'il l'eût prêté régulièrement, peut-il, sous le prétexte qu'il n'a pas été reçu légalement dans ses fonctions, être déchargé de la peine attachée aux prévarications qu'il a commises en les exerçant?

Paul Fabbri est nommé garde-champêtre par le maire de Santo-Stefano, et sa nomination est approuvée par le sous-préfet. En conséquence, il prête Serment, non devant le juge de paix, comme il eût dû le faire d'après la loi du 28 septembre-6 octobre 1791, sur la police rurale, mais devant le maire de Santo-Stefano. Après vingt mois d'exercice public de ses fonctions, il est traduit, comme prévenu d'avoir reçu de l'argent pour ne pas constater un délit, devant le tribunal correctionnel de...., qui le condamne, en vertu de l'art. 405 du Code pénal, à un simple emprisonnement et à une simple amende.

Il appelle de cette condamnation au tribunal correctionnel de Sienne. La cause portée à l'audience, le procureur criminel du gouvernement déclare se rendre incidemment appelant du jugement attaqué par le prévenu; et se fondant sur l'art. 177 du Code pénal, qui punit d'une peine afflictive le fait imputé à celui ci, il demande que ce jugement soit déclaré nul et incompétemment rendu.

Le 22 avril 1813, jugement qui donne acte au procureur criminel de son appel incident, et néanmoins l'y déclare non-recevable, faute de l'avoir notifié légalement au prévenu; faisant droit au fond, déclare que Paul Fabbri n'ayant pu acquérir le caractère de fonctionnaire public par un Serment prêté illégalement, on ne peut pas lui appliquer la peine portée par l'art. 177 du Code pénal; et qu'en lui appliquant la peine portée par l'art. 405 du même Code, le tribunal de première instance a bien jugé.

Le procureur criminel se pourvoit en cassation contre ce jugement; et par arrêt du 11 juin 1813, au rapport de M. Oudart,

« Vu l'art. 205 du Code d'instruction criminelle....;

» Vu aussi l'art. 177 du Code pénal....;

» Vu enfin les art. 408 et 413 du Code d'instruction criminelle;

» Considérant 1° que le procureur criminel avait, dans le délai de la loi, déclaré à l'audience, en présence de Paul Fabbri, prévenu, qu'il se rendait appellant du jugement rendu par le tribunal correctionnel de l'arrondissement de San-Zano: que cette notification d'appel ainsi faite au prévenu en personne, et dont il a été donné acte au procureur criminel par le jugement qui a suivi, avait satisfait aux dispositions de l'art. 206 du Code d'instruction criminelle, qui ne prescrit aucun mode de notification; et qu'en déclarant le procureur criminel non-recevable dans son appel, faute de notification, quoique son appel eût été notifié au prévenu en présence des juges, le tribunal du chef-lieu du département de l'Ombronne a créé une fin de non-recevoir ou une déchéance qui excède les bornes de sa compétence (1).

» Considérant 2° que Paul Fabbri, prévenu, avait été nommé garde champêtre par le maire de Santo-Stefano; que cette nomination avait été approuvée par le conseil municipal; qu'en conséquence, Fabbri avait reçu du sous-préfet de l'arrondissement de Grossetto sa commission de garde champêtre, et avait prêté Serment en cette qualité devant le maire de Santo-Stefano; qu'il avait ensuite rempli les fonctions de garde champêtre pendant plus de vingt mois; qu'il avait dressé des procès-verbaux qui avaient été suivis de condamnations, lorsqu'il fut dénoncé comme prévenu du crime prévu par l'art. 177 du Code pénal, pour s'être abstenu, moyennant une somme de 11 francs 25 centimes, de dresser procès-verbal d'un délit; que le tribunal d'appel du chef-lieu du département de l'Ombronne a de même violé les règles de sa compétence, en refusant de se déclarer incompétent et de renvoyer le prévenu pour être, sur le crime de corruption, poursuivi et jugé suivant la loi, sous le prétexte que Fabbri ayant prêté serment devant le maire de Santo-Stefano, et non devant le juge de paix du canton, ne pouvait être considéré légalement comme garde champêtre et officier public, et qu'il ne pouvait conséquemment être accusé du crime prévu par l'art. 177 du Code pénal;

» Considérant que l'art. 5, sect. 7, tit. 1, de la loi du 6 octobre 1791, prescrit, il est vrai, que les gardes champêtres prêteront Serment devant le juge de paix du canton; mais que, si la prestation du Serment est l'un des actes substantiels qui confèrent le caractère d'officier public, le mode de prestation n'a pas cette qualité, et qu'il n'est pas prescrit à peine de nullité; que Fabbri avait prêté Serment devant le maire de sa commune, qui est le magistrat local et son supérieur immédiat, et qu'il avait ainsi donné à la société le gage de sa fidélité dans les fonctions qu'il se chargeait de remplir;

» Considérant qu'en supposant qu'il résultât de cette circonstance, que ces procès-verbaux pussent être rejetés comme non probans, au profit des parties poursuivies pour délits ou contraventions, quoiqu'un avis du conseil d'état, approuvé le 2 juillet 1807 (1), ait posé comme un principe de tous les temps et de toutes les législations, que l'erreur et la bonne foi suffisent pour couvrir dans les actes et dans les jugemens des irrégularités que les parties n'avaient pu prévenir ni empêcher, il demeurerait toujours constant que Fabbri était de fait garde champêtre; qu'il en avait exercé les fonctions sans obstacle et sans réclamation; qu'il s'était soumis envers les magistrats, ses supérieurs et le public, à toutes les obligations que ses fonctions imposent, et conséquemment qu'il n'avait pu les enfreindre sans encourir les peines qui sont la garantie du gouvernement et des administrés;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle...».

(1) *V.* l'article *Appel*, sect. 2, §. 11, n° 7.

(1) *V.* l'article *Maire*, sect. 1, n° 3.

V. l'article *Témoin instrumentaire*, §. 2, n° 3-2°.

ART. II. *Du Serment à prêter par ceux qui ont certains devoirs à remplir.*

I. Dans le droit romain, les tuteurs et les curateurs ne pouvaient entrer en fonctions qu'après avoir prêté le Serment d'administrer fidelement les biens de leurs pupilles ou interdits. C'est ce qui résulte de la loi dernière, §. 4, C. *de administratione tutorum;* de la loi 32, C. *de episcopis et clericis;* de la loi 7, §. 5, C. *de curatore furiosi;* de la loi 27, C. *de episcopali audientiâ*, et de la novelle 72, §. 8.

Avant le Code civil, nos usages ont beaucoup varié sur cette matière : ici, on se conformait au droit romain; là, on s'en écartait. Mais aujourd'hui, les lois citées sont abrogées dans toute la France; le Code civil n'assujétit le tuteur à la protestation d'aucun Serment. *V.* l'article *Subrogé-tuteur.*

II. Les témoins, les interprètes et les experts sont obligés de prêter Serment, les uns, avant de déposer en justice, les autres, avant de procéder aux visites et estimations pour lesquelles ils sont commis, soit par les parties, soit par les juges.

Ce Serment consiste, pour les témoins, à jurer qu'ils diront la vérité, toute la vérité, rien que la vérité; pour les interprètes, à jurer qu'ils traduiront fidelement les discours à transmettre entre ceux qui parlent des langages différens; et pour les experts, à jurer qu'ils s'acquitteront en leur ame et conscience, de la mission qui leur est confiée.

V. les articles *Enquête*, *Expert*, *Sommation*, *Interprète*, *Témoin judiciaire*, et ci-après, §. 7, nos 1 et 4.

III. Les jurés, c'est-à-dire, ceux qui sont appelés dans les procès-criminels, à prononcer sur les faits imputés aux accusés, doivent au moment où s'ouvrent les débats, prêter en public le Serment de bien examiner les charges et les moyens de défense, de ne céder ni à la haine ou à la méchanceté, ni à la crainte ou à l'affection, et de se décider suivant leur conscience. Telle était la disposition expresse de l'art. 343 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4.

On a douté si, outre ce Serment, les jurés ne devaient pas prêter celui que l'art. 56 du sénatus-consulte du 28 floréal an 12 imposait aux *fonctionnaires publics*; et c'est en soutenant l'affirmative, que le nommé Mauconduit a attaqué un arrêt de la cour de justice criminelle du département de la Seine-Inférieure, par lequel il avait été condamné, d'après la déclaration des jurés qui avaient bien prêté le Serment prescrit par le Code du 3 brumaire an 4, mais non celui d'obéissance aux constitutions de l'Etat et de fidélité au Chef du Gouvernement.

Par arrêt du 5 brumaire an 13,

« Considérant que la cour de justice criminelle du département de la Seine-Inférieure n'a contrevenu à aucune loi, en se bornant à exiger des jurés la promesse voulue par le Code des délits et des peines; que le Serment exigé par l'art. 56 du sénatus-consulte organique du 28 floréal, des fonctionnaires publics, civils et judiciaires, ne concerne pas les jurés, puisqu'il n'y sont pas rappelés nominativement, et qu'il est textuellement décidé par l'art. 207 du Code des délits et des peines, qu'*ils ne sont point fonctionnaires publics*, qu'*aucun caractère distinctif*, *aucune marque extérieure ne les désigne à leurs concitoyens*, *comme devant être leurs juges dans telles ou telles circonstances*;

» La cour rejette le pourvoi... ».

Cette décision est confirmée bien positivement par l'art. 312 du Code d'instruction criminelle de 1808 : en effet, cet article renouvelle purement et simplement la disposition du Code du 3 brumaire an 4 relative au Serment des jurés, et n'y ajoute rien qui soit relatif au Serment des fonctionnaires publics.

IV. Les ducs, les comtes et les barons sont assujétis, envers le Roi, à des Sermens dont la formule est réglée par le décret du 1er mars 1808. *V.* l'article *Majorat*, §. 6.

IV. Quel est, par rapport aux actes reçus par un notaire dans un lieu envahi par l'ennemi en temps de guerre, l'effet du Serment qu'il a prêté à l'ennemi même avant de les recevoir?

V. l'article *Hypothèque*, sect. 2, §. 2, art. 6, n° 4-4°.

ART. III. *Des Sermens qui ont pour objet d'assurer l'exécution d'un contrat d'une renonciation, d'un acte quelconque.*

V. L'article *Convention*, §. 8.

ART. IV. *Peines qu'encourent ceux qui étant tenus à un Serment promissoire, refusent de le prêter.*

I. L'expert qui refuse de prêter le Serment duquel dépend la légalité de sa mission, n'en-

court aucune peine. *V.* Le Code de procédure civile, art. 316.

II. Le témoin et le juré qui refusent de prêter le Serment qui leur est prescrit par la loi, doivent être traités comme défaillans. *V.* les articles *Juré-Jury*, et *Témoin judiciaire*.

III. Ceux qui, étant appelés, même momentanément, à des fonctions publiques, refuseraient de prêter le Serment de fidelité au monarque, pourraient-ils être punis comme coupables de félonie? Un décret du 4 mai 1812, que l'on peut voir dans le *Bulletin des Lois*, s'est prononcé pour l'affirmative dans un cas particulier; mais je ne connais point de loi qui puisse justifier une pareille décision.

§. II. *Du Serment affirmatif.*

Le Serment affirmatif, que les jurisconsultes appellent *jusjurandum assertorium*, diffère du Serment promissoire, en ce que le premier se rapporte à des faits présens ou passés dont il a pour objet de certifier l'existence, et que le second se rapporte à des faits à venir dont il a pour objet d'assurer l'accomplissement.

Il y a deux sortes de Sermens affirmatifs: l'un qui se prête extrajudiciairement, l'autre qui se prête en justice.

Art. I. *Du Serment affirmatif extrajudiciaire.*

I. Le serment que nous appelons *affirmatif extrajudiaire*, est désigné dans les lois romaines, par les mots *jusjurandum voluntarium*: c'est celui qu'une partie défère à une autre, ou par une convention faite entre elles, ou sans convention préalable, et de la prestation duquel elle fait dépendre le sort d'un différend non encore porté en justice.

La partie à laquelle un Serment est ainsi déféré, peut-elle le référer à l'autre partie? Il faut distinguer.

Si ce Serment a été déféré par une convention, la partie qui, d'après cette convention, doit le prêter, ne peut pas le référer: *jusjurandum quod ex conventione extrà judicium defertur, referri non potest*, dit la loi 17, D. *de jurejurando*.

Mais si le Serment a été déféré sans convention préalable, rien n'empêche qu'il ne soit référé.

On peut voir sur cette distinction, Voët, *ad pandectas*, titre *de jurejurando*, n° 7.

II. Il y avait, dans notre ancienne jurisprudence, une autre espèce de Serment affirmatif extrajudiciaire: c'était le Serment par lequel certaines coutumes obligeaient tout homme qui aliénait ses immeubles, d'affirmer qu'il y était forcé par le désordre de ses affaires et le mauvais état de sa fortune. *V.* l'article *Nécessité jurée*.

III. C'était aussi un Serment affirmatif extrajudiciaire que celui dont les chartes générales de Hainaut exigeaient la prestation, comme on l'a vu aux mots *Rapport à loi*, §. 3, n° 4, dans les actes qui avaient pour objet d'engager des effets mobiliers ou d'hypothéquer des biens-fonds.

Les mêmes lois assujétissaient un grand nombre d'autres actes à cette formalité. « En » tous *traités de mariages* (portaient-elles, » chap. 119, art. 1) obligations conçues pour » *argent prêté, pensions viagères, acquits* » *desdites obligations*, rapports d'héritages, » fiefs, allocts ou mainfermes, rapports de » meubles, *transports de lettres, meubles* » *et joyaux pour lesdites obligations et det-* » *tes, dons de lettres et transports qui s'en* » *feront*, sera requis y avoir serment par » l'obligé, que ladite obligation, rapport ou » transport se fera à bonne et juste cause, léa- » lement et sans fraude, et non pour au- » cuns de ses léaux créditeurs et autrui vou- » loir fruder ni éloigner de son droit; et si » le creancier ou autre personne de par lui » est present à ladite obligation, rapport ou » transport, pareillement devra faire Ser- » ment en la main de l'un desdits hommes de » fief, lequel en cette matière le recevra, et » que point de fraude n'y saura; si ledit crean- » cier n'y est present, devra le faire par de- » vant juge competent, quand requis en sera; » et devront les Sermens, pour valoir, être » écrits ès lettriages, ou reconnus par *record* » *en forme de tant plus* (1) ».

Les art. 2 et 3 du même chapitre sont transcrits sous les mots *Rapport à loi*, §. 3.

L'art. 4 décidait qu'*ès venduges et dons absolus qu'aucunes personnes* faisaient *à autrui, pourvu que la chose vendue ou donnée fût emportée, n'y* appartenait *quelque Serment.*

Ces mots *fût emportée*, semblaient annoncer que l'article ne parlait que des ventes ou donations des choses mobilières. Il y avait en effet plusieurs cas où les actes de dessaisine et saisine qui se faisaient pour les immeubles, devaient contenir trois prestations de Serment: la première, de la part de celui qui aliénait; la seconde, de la part de l'acquéreur ou donataire; la troisième, de la part des juges qui

(1) Sur le sens de ces mots, *V.* l'article *Record de loi*.

concouraient par leur ministère au dessaisissement de l'un et à l'adhéritance de l'autre. *V.* les articles *Conditionner un héritage*, *Couvent*, et *Nécessité jurée*.

L'art. 5 portait « qu'au regard de tous autres lettriages d'obligations et sûretés d'iceux, ne serait besoin qu'il y fût inséré quelque Serment; néanmoins (ajoutait il) si difficulté en sourdait, l'obligé et le créancier, si vivans étaient, devront faire ledit Serment ».

* Le 21 mai 1744, le conseil souverain de Mons a rendu, sur le Serment dont il s'agit, un arrêt de réglement qui nous fait connaître le veritable esprit des lois de Hainaut par rapport à cette matière. Voici comment il est conçu :

« Ayant été remarqué que, nonobstant la disposition expresse de l'art. 1 du chap. 119 des chartes générales de ce pays, qui enjoint que les Sermens prescrits pour la validité des obligations et autres actes, y soient repris ou reconnus par *record en forme de tant plus*, ceux qui les dressent s'y conforment si peu, que souvent les Sermens ne sont rappelés ou exprimés que sous des termes généraux, équivoques ou tronqués; occasionnant journellement, par ignorance ou négligence, des difficultés, surtout lorsque, pour régler l'ordre entre les créanciers, il s'agit de déterminer sur la nature et qualité des actes; ce qui pourrait devenir tellement arbitraire, qu'insensiblement on tomberait dans l'abrogation d'une loi si prudemment établie pour la tranquillité publique; et voulant y pourvoir pour l'avenir,

» La cour déclare qu'aucun acte qui se passera, *ne sera tenu de la nature d'obligation* (1), si les Sermens requis par le chap. 119 des chartes générales, n'y sont respectivement repris en entier, ou si celui qui voudra se prévaloir d'un acte dans lequel les Sermens ne seraient ainsi repris, n'a, au préalable, établi par record, à ses frais, la preuve qu'ils auront réellement et entièrement été prêtés; qu'en conséquence, tous les actes qui se passeront à l'avenir, dans lesquels il sera simplement énoncé que les Sermens auront été prêtés, ou dans lesquels il y aura omission de quelque partie des mêmes Sermens, ne seront reputés que cédulaires, à moins que ce qui y serait omis, n'eût été rectifié par record ».

L'abus auquel ce réglement a remedié pour le Hainaut autrichien, subsistait encore dans le Hainaut français, lorsque le Code civil est venu abolir la disposition dont il avait pour objet d'assurer l'exécution : les notaires s'y contentaient d'exprimer dans les actes, que les parties avaient fait serment *informé*.

(1) C'est-à-dire, ne sera colloqué dans les distributions de deniers, que comme simple cédule. *V.* l'article *Obligation*, n° 2. *

ART. II. *Du Serment affirmatif judiciaire.*

I. Ce Serment que le Code civil appelle simplement *judiciaire*, est classé par l'art. 1356 de ce Code, au rang des manieres de prouver les faits qui sont contestes en justice.

Suivant l'art. 1357, « le Serment judiciaire » est de deux espèces : 1° celui qu'une partie » defere à l'autre pour en faire dépendre le » jugement de la cause : il est appelé decisoire; » 2° celui qui est déféré d'office par le juge à » l'une ou à l'autre des parties ».

II. Les articles suivans règlent ainsi, d'après les lois romaines, tout ce qui concerne le *Serment décisoire* :

« 1358. Le Serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit (1).

(1) Résulte-t-il de la généralité de ces termes, qu'il peut y avoir lieu à la délation du serment decisoire, dans une contestation sur l'existence d'un mariage entre un homme et une femme qui vivent ou ont vécu publiquement comme époux ?

Il y a là-dessus une distinction à faire. *V.* ci-après, n° 6, et l'article *Mariage*, sect. 5, §. 1, n° 3.

Le serment décisoire qui porte sur un fait honteux, déshonorant, illicite, peut-il être refusé par celui à qui il est déféré?

J'ai établi la négative à l'article *Interrogatoire sur faits et articles*, n° 5, et voici un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, qui consacre formellement cette doctrine.

Le sieur Dubois, poursuivi en remboursement de deux billets à ordre qu'il avait souscrits au profit du sieur Goeminne et qu'il avait laissé protester, soutient que celui-ci a exigé de lui des intérêts usuraires, et demande l'imputation de ces intérêts sur le capital.

Le sieur Goeminne nie le fait : et le sieur Dubois, n'en ayant aucune preuve, lui défère le serment décisoire. Refus du sieur Goeminne de prêter ce Serment, sous le prétexte qu'il s'agit d'un fait qui l'inculpe, et que, suivant les auteurs et les arrêts rappelés à l'article cité, on ne pourrait pas lui faire subir un interrogatoire sur un pareil fait.

Jugement qui le décide ainsi; mais sur l'appel, arrêt du 1er février 1809, qui,

« Attendu qu'aux termes de l'art. 1358 du Code civil, le serment litis-décisoire peut être déféré sur quelqu'espèce de contestation que ce soit;

» Attendu que, si, d'après l'opinion de certains auteurs, et consacrée par quelques arrêts, on n'est pas tenu de jurer sur des faits illicites ou répréhensibles, ce n'est que lorsqu'il s'agit de répondre à un interrogatoire sur faits et articles pertinens..... ;

» Met l'appellation et ce dont est appel, au néant; émendant, déclare que le serment litis-décisoire dé-

» 1359. Il ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère.

» 1360. Il peut être déféré en tout état de cause, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué.

» 1361. Celui auquel le serment est déféré, qui le refuse ou ne consent pas à le référer à son adversaire, ou l'adversaire à qui il a été référé et qui le refuse, doit succomber dans sa demande ou dans son exception (1).

» 1362. Le Serment ne peut être référé, quand le fait qui en est l'objet, n'est point celui des deux parties, mais purement personnel à celui auquel le Serment avait été déféré.

» 1363. Lorsque le Serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté.

» 1364. La partie qui a déféré ou référé le Serment, ne peut plus se rétracter, lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce Serment (1).

» 1365. Le Serment fait ne forme preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré ou contre lui, et au profit de ses héritiers et ayant-cause ou contre eux.

» Néanmoins le Serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur, ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier.

» Le Serment déféré au débiteur principal, libère également les cautions. Celui déféré à l'un des débiteurs solidaires, profite aux co-débiteurs.

» Et celui déféré à la caution, profite au débiteur principal.

» Dans ces deux derniers cas, le Serment du co-débiteur solidaire ou de la caution ne profite aux autres co-débiteurs, ou au débiteur principal, que lorsqu'il a été déféré sur la dette, et non sur le fait de la solidarité ou du cautionnement ».

III. A l'égard du *Serment déféré d'office*, voici ce qu'en dit le Code civil, toujours d'après les lois romaines :

« Art. 1366. Le juge peut déférer à l'une des parties le Serment, ou pour en faire dépendre la décision de la cause, ou seulement pour déterminer le montant de la condamnation.

» 1367. Le juge ne peut déférer d'office le Serment, soit sur la demande, soit sur l'exception qui y est opposée, que sous les deux conditions suivantes : il faut 1°. que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée ;

---

féré par l'appelant à Goeminne, est admissible ». (*Décisions notables de la cour d'appel de Bruxelles, tome* 15, *page* 347).

(1) La partie qui, en première instance, a soutenu et fait juger qu'elle n'était pas tenue de prêter le Serment qui lui était déféré, est-elle encore à temps, en cause d'appel, pour consentir à le prêter, en cas de réformation du jugement rendu à son avantage, et peut-elle encore s'opposer à ce que, ce cas arrivant, le Serment soit référé à son adversaire?

Cette question s'est présentée devant la cour d'appel de Bruxelles dans l'espèce rapportée à la note précédente.

Le sieur Goeminne, pressentant en cause d'appel la réformation du jugement par lequel avait été approuvé son refus de prêter le Serment qui lui avait été déféré, avait pris des conclusions subsidiaires à ce qu'il fût admis à la prestation de ce Serment. Le sieur Dubois, de son côté, avait soutenu qu'il était trop tard, et conclud à ce que le Serment lui fût référé. Par l'arrêt cité,

« Attendu que l'intimé n'a pas refusé de prêter le serment litis-décisoire, et qu'il n'y a pas eu défaut de consentement de le référer à son adversaire; mais qu'il a soutenu que, dans la matière, il n'y avait pas lieu au Serment litis-décisoire, et que son erreur dans la nature de sa défense, ne peut équivaloir au refus ou défaut de consentement dont il est parlé dans l'art. 1361 du Code civil; d'où il suit que ce dernier article n'est pas applicable à l'espèce;

Attendu que l'intimé offre subsidiairement de prêter le serment litis-décisoire, tel qu'il lui a été déféré, et que ses offres, subordonnées à l'insuccès de sa défense, le rendent encore recevable à le prêter, sauf les dépens qui ont été occasionnés par le mauvais fondement de ses exceptions et qu'il doit supporter;

» La cour....., sans s'arrêter aux conclusions prises en cause d'appel par Dubois, ayant égard aux offres subsidiairement faites par Goeminne, admet ce dernier à faire le serment litis-décisoire à la présente audience..... ; ce faisant, condamne l'appelant; dès présent comme pour lors, et sans qu'il soit besoin d'un autre arrêt, à payer...; condamne en outre l'appelant aux intérêts de ces sommes, depuis la demeure judiciaire, et aux dépens jusqu'à l'époque où il a déféré le serment litis-décisoire; condamne ce dernier aux dépens tant de cause principale que d'appel, faits postérieurement à ladite époque ».

(1) Cet article décide implicitement que la délation du Serment décisoire, ne peut plus, quoique le juge n'en ait pas encore donné acte, être rétractée après l'acceptation de la partie à qui elle est faite, et avant que cette partie ait prêté le Serment.

Cela était fort controversé dans l'ancienne jurisprudence; et l'opinion contraire avait en sa faveur, non-seulement un grand nombre de jurisconsultes, mais même des arrêts de cours souveraines, comme on peut le voir notamment dans le code du président Favre, titre *de rebus creditis et jurejuranda*, défin. 22 et 29: et dans les *décisions suprêmæ curiæ Brabantinæ* du président Wynants, §. 80.

Je reviendrai là-dessus dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Serment*, §. 3.

2° qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves. Hors ces deux cas, le juge doit ou adjuger ou rejeter purement et simplement la demande.

» 1368. Le Serment déféré d'office par le juge à l'une des parties, ne peut être par elle référé à l'autre.

» 1369. Le Serment sur la valeur de la chose demandée, ne peut être déféré par le juge au demandeur, que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement cette valeur. Le juge doit même, en ce cas, déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son Serment ».

IV. Parmi ces dispositions, il en est une qui donne lieu à quelques questions : c'est celle de l'art 1367.

Et d'abord, dans les cas où la preuve par témoins est prohibée, le juge peut-il, en prenant les déclarations des parties pour une preuve non complete, déférer à l'une d'elles le Serment supplétif ?

Le 9 mai 1807, le sieur Letellier prend chez le sieur Lemire un cheval qu'il lui ramène neuf jours après. Le sieur Lemire refuse de le recevoir, et motive son refus sur la vente qu'il prétend avoir faite de ce cheval au sieur Letellier, moyennant une somme de 300 francs. Le sieur Letellier soutient au contraire que le sieur Lemire ne lui a pas vendu ce cheval, mais qu'il le lui a seulement prêté.

Par jugement en dernier ressort, du 14 juillet 1807, le tribunal civil de l'arrondissement de Neufchâtel, *attendu qu'il résulte des plaidoiries des parties une apparence de livraison*, condamne le sieur Letellier à payer au sieur Lemire la somme de 300 francs pour prix du cheval dont il s'agit, à la charge par celui-ci d'affirmer que réellement il a vendu et non pas prêté ce cheval au sieur Letellier.

Le sieur Letellier se pourvoit en cassation, et dénonce ce jugement comme contraire aux art. 1341, 1353, 1366 et 1367 du Code civil.

« Aux termes de l'art. 1367 (dit-il), le juge ne peut, en l'absence de toute preuve, déférer le Serment à l'une des parties : il ne le peut que lorsqu'il existe un commencement de preuve. Or, dans l'espèce, les parties étaient respectivement réduites à de simples allégations : l'une affirmait, l'autre niait. La demande était donc totalement dénuée de preuves. Le tribunal devait donc la rejeter purement et simplement.

» Inutile d'objecter que la demande n'était pas totalement dénuée de preuve, puisque le tribunal a reconnu, d'après les *plaidoiries des parties*, qu'il y avait *apparence de livraison*. Cette objection se réduit à soutenir, en fait, qu'il s'élevait de faibles présomptions en faveur de la demande ; en droit, que ces faibles présomptions formaient un commencement de preuve, à laquelle il pouvait être suppléé par le Serment du demandeur. Nous ne contesterons point la décision en fait, quoiqu'il nous fût permis de critiquer avec raison le jugement, par cela seul qu'il n'indique point les faits qui ont dû influer sur la conscience du juge. Mais, en droit, nous soutenons que, dans l'espèce, des présomptions ne pouvaient établir un commencement de preuve. Car le juge ne pouvait ni admettre des présomptions ni y avoir aucun égard. En effet, s'il s'agissait d'une demande dont la valeur excédait de beaucoup celle de 150 francs. Or, en matière excédant 150 francs, il doit être passé acte pardevant notaire ou sous signature privée ; et nulle preuve par témoins *ne peut être admise* contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui aurait été dit et allégué avant ou après ces actes (art. 1341 du Code civil). Cette règle ne reçoit exception que dans certains cas formellement prévus par la loi ; et dans l'espèce, nous n'étions placés dans aucune de ces exceptions. La preuve testimoniale n'était donc pas admissible. Mais, aux termes de l'art. 1353 du même Code, *les présomptions* ne peuvent être admises par le juge que dans les cas où la preuve testimoniale est admissible elle-même. Donc les juges ne pouvaient admettre les présomptions et en faire la base de leur décision.

» Ce point ainsi établi, il est évident que le demandeur n'aurait jamais pu parvenir à établir la preuve de sa demande ni même un commencement de preuve, soit à la faveur d'une enquête, soit à l'aide de présomptions.

» Il n'aurait pu établir la preuve de sa demande ni même un commencement de preuve de sa demande, à la faveur d'une enquête. Car pour avoir cette preuve ou ce commencement de preuve, il aurait bien fallu qu'il eût obtenu du juge la permission de faire entendre des témoins. Or, cette permission lui eût constamment été refusée par le juge, puisque la preuve testimoniale était inadmissible. Sa demande eût donc été totalement dénuée de preuves, quelque grand qu'eût été d'ailleurs le nombre des témoins qu'il aurait eu à faire entendre, quelque concluantes qu'eussent été leurs dépositions, si la preuve par témoins eût été admissible. Le demandeur n'eût pu établir, ni cette preuve, ni même un commencement de preuve, à l'aide *de présomptions*. Car pour prouver sa demande à l'aide de présomptions,

il aurait fallu que le juge eût pu admettre ces présomptions, qu'il eût pu les prendre en considération. Mais l'art. 1353 défendait au juge d'admettre des présomptions lorsque la preuve testimoniale n'était pas recevable. Et si le juge ne pouvait admettre ces présomptions, s'il ne pouvait les prendre en considération, comment le demandeur pouvait-il jamais acquérir, à la faveur de ces présomptions, nous ne dirons pas une preuve entière, mais même un commencement de preuve? Concluons que le demandeur ne pouvait invoquer en sa faveur que de *faibles présomptions* auxquelles le juge ne pouvait avoir égard, ne justifiait en aucune manière sa demande, que cette demande était totalement dénuée de preuve, qu'elle devait donc être rejetée purement et simplement ».

Par arrêt du 5 juillet 1808, au rapport de M. Porriquet,

« Attendu que les juges du tribunal civil de Neufchâtel ont pu, sans contrevenir aux art. 1341, 1343, 1366 et 1367 du Code civil, avoir égard aux déclarations faites par les parties elles-mêmes à l'audience, et déférer le Serment au demandeur pour en assurer davantage la sincérité;

» La cour rejette le pourvoi..... ».

V. Dans les matières qui ne sont pas susceptibles de la preuve par témoins, le juge peut-il, en prenant pour un commencement de preuve par écrit, le livre de raison d'un particulier, demandeur en restitution d'argent prétendu prêté, déférer à ce particulier le Serment supplétif?

Le tribunal civil de Marseille avait jugé pour l'affirmative en faveur du sieur Martin; et son jugement avait été rendu en dernier ressort.

Mais sur le recours en cassation exercé contre ce jugement, arrêt du 2 mai 1810, au rapport de M. Carnot, par lequel,

« Vu les art. 1331 et 1353 du Code civil;

» Attendu que la demande formée contre les réclamans pardevant le tribunal civil de Marseille, avait pour objet notamment une somme de 156 francs argent prêté; et que le demandeur ne justifiait pas autrement sa prétendue créance que par le relevé de ses livres;

» Attendu qu'aux termes de l'art. 1331 du Code civil, les écrits privés du créancier sont insuffisans pour établir la créance, lorsqu'elle est déniée par le prétendu débiteur;

» Attendu, d'autre part, que les présomptions qui ne sont pas fondées sur la loi, ne peuvent être appréciées par les juges que dans les cas seuls où la preuve testimoniale du fait contesté se trouverait admissible; que c'est conséquemment dans ces seuls cas aussi, que le Serment supplétoire peut être déféré par les tribunaux;

» Que cependant, et quoique le demandeur n'eût en sa faveur, ni titre, ni l'aveu de ses prétendus débiteurs, et que sa demande portât sur une somme de plus de 150 francs, ce qui était exclusif de toute preuve testimoniale, le jugement attaqué, sans considérer que les livres du demandeur ne pouvaient établir une présomption légale en sa faveur, n'en a pas moins condamné les réclamans à payer ladite somme, à la charge par le demandeur d'affirmer supplétoirement que cette somme lui était bien et légitimement due;

» Attendu qu'en le jugeant de la sorte, le tribunal de Marseille a ouvertement violé toutes les lois de la matière et notamment les art. 1331 et 1353 du Code civil;

» La cour casse et annulle.... ».

VI. Le juge qui, ayant à prononcer sur une demande en divorce dans les pays encore régis par notre Code civil; où le divorce n'est pas aboli, comme il l'est en France par la loi du 8 mai 1816, ne trouve pas suffisantes les preuves du demandeur, peut-il déférer à celui-ci le Serment supplétif?

Cette question présentée vers la fin de l'année 1811, au conseil d'État (faisant fonctions de cour de cassation) du ci-devant royaume de Westphalie, y éprouva de graves difficultés; après une longue discussion, les magistrats qui devaient la juger, convinrent de la soumettre préalablement à mon avis.

Voici quelle fut ma réponse:

« Le divorce ne peut être prononcé du consentement des deux parties, que sous les conditions et avec les formalités décrites dans le chap. 3 du tit. 6 du livre premier du Code civil.

» Et il ne peut l'être pour causes déterminées, qu'autant que les faits constitutifs de ces causes sont prouvés dans la forme réglée par le chap. 2 du titre cité du même Code.

» A défaut de preuves, l'époux demandeur en divorce pour causes déterminées, pourrait-il déférer à l'autre le Serment décisoire?

» Non; car, d'un côté, ce serait rendre le défendeur juge d'une demande sur laquelle la justice a seule droit de prononcer. De l'autre, ce serait autoriser indirectement le divorce par consentement mutuel, sans les conditions, les délais et les formalités, de l'entier et exact accomplissement desquels le Code civil a voulu le faire dépendre.

» Et il n'importe que, par l'art. 1356, il soit dit que *le Serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit.*

» Cet article fait partie du chap. 6 du tit. 3 du liv. 3, portant pour rubrique les mots, *de la preuve des obligations et de celle du paiement.* Il ne peut donc, quelque général qu'il soit, s'entendre que des contestations de toute espèce qui s'élèvent sur les actes ou les faits produisant obligation ou décharge. On ne peut donc pas l'appliquer aux demandes en divorce pour causes déterminées.

» Comment en effet, si on l'appliquait à ces demandes, parviendrait-on à le concilier avec l'art. 6, aux termes duquel *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.* S'il est une loi qui intéresse l'ordre public et les bonnes mœurs, c'est assurément celle qui limite le divorce par consentement mutuel, au cas où ont été religieusement observées toutes les formalités, où ont été ponctuellement remplies toutes les conditions auxquelles il est subordonné. Et que feraient deux époux dont l'un déférerait et l'autre accepterait le Serment décisoire, sur des faits servant de base à une demande en divorce pour causes déterminées? Bien évidemment ils feraient une convention dont l'effet serait de substituer, à un divorce pour causes déterminées, un divorce par consentement mutuel. Bien évidemment ils dérogeraient, par cette convention, à la loi qui interdit le divorce par consentement mutuel, hors des cas dont je viens de parler.

» Il est donc bien démontré que la délation du Serment décisoire ne peut pas avoir lieu en matière de divorce.

» Mais de là il suit nécessairement que la délation du Serment supplétoire ne peut pas davantage avoir lieu dans ces sortes d'affaires.

» Car, dit le président Favre, dans son Code, liv. 4, tit. 1, déf. 44, le juge ne peut pas déférer le serment supplétoire dans une matière où la partie qui a fait une demi-preuve, ne pourrait pas, si elle le voulait, en déférant le Serment décisoire à son adversaire, le rendre juge dans sa propre cause: *Si negotium tale sit in quo is qui semiplenè probavit, non posset, tametsi maximè vellet, judicem facere adversarium ipsum.* Il répète la même chose, tit. 22, déf. 7: *cui non licet judicem facere adversarium, multò minùs licere debet ut, prætextu semiplenæ probationis, seipsum faciat judicem, qui vel plenissimas probationes adferre debuit, vel cedere.*

» On objecterait inutilement que cette doctrine du président Favre n'est pas consacrée par le Code civil.

» Cette doctrine n'a pas besoin de la sanction expresse de la loi, parcequ'elle est fondée sur la nature même des choses. Pourquoi le Serment décisoire ne peut-il pas être déféré dans une cause de divorce? Parceque, dans une cause de divorce, il faut que le demandeur rapporte une preuve complète des faits, ou qu'il succombe. Or, il est évident que cette raison milite avec la même force contre la délation du Serment supplétoire.

» Oserait-on dire que, dans une contestation sur l'existence d'un mariage où il s'agirait de savoir si l'acte de célébration représenté par l'une des parties, est authentique ou ne l'est pas, le juge fût maître de déférer le serment supplétoire à cette partie même? Non, sans doute. L'existence d'un mariage ne peut être établie que par un acte de célébration dont l'authenticité soit certaine; et le juge qui voudrait remplacer cet acte, ou la preuve constante de son authenticité, par la délation d'un Serment supplétoire, s'exposerait manifestement au risque de forcer le prétendu époux récalcitrant à reconnaître pour son époux une personne qui ne le serait pas, et à vivre avec elle dans le concubinage.

» Eh bien! Il en doit être du divorce comme du mariage. *Nihil tam naturale est*, dit une célèbre loi romaine, *quàm unum quodcumque eodem genere dissolvi quo colligatum est.* Il faut une preuve complète pour établir l'existence d'un mariage; il faut donc aussi une preuve complète pour dissoudre un mariage dont l'existence est reconnue. On ne peut pas prouver l'existence d'un mariage par le Serment supplétoire; on ne peut donc pas non plus prouver, par le Serment supplétoire, les faits qui doivent amener la dissolution d'un mariage ».

Cette réponse fut mise sous les yeux du conseil d'état du ci-devant royaume de Westphalie; et le 14 février 1812, il y intervint un arrêt ainsi conçu:

« Par requête déposée au secrétariat du conseil, le 2 novembre 1811, la femme Louise Brill, née Hedler de Schoenebeck, a exposé qu'ayant intenté devant le tribunal de Magdebourg, contre son mari, Jean-Christophe Brill, tonnelier audit Schoenebeck, une demande en divorce pour sévices et injures graves, elle fut admise à la preuve de ces faits, et fit, à cet effet, entendre plusieurs témoins; que ledit tribunal, trouvant que les dépositions de ces témoins ne justifiaient pas pleinement sa demande, lui déféra le Serment

d'office, par jugement prononcé à l'audience du 11 décembre 1810; que, sur l'appel interjeté par son mari, la cour de Celle rendit, le 11 juin dernier, un arrêt infirmatif, et la débouta de sa demande, par le motif qu'en matière de divorce, il n'y avait pas lieu au Serment d'office.

» C'est contre cet arrêt que la femme Brill se pourvoit en cassation, en alléguant comme moyen, que le principe ci-dessus établi en jurisprudence par la cour de Celle, est en contradiction ouverte avec les dispositions du Code civil, lequel a consacré, dans toutes les contestations, l'admissibilité du Serment, attendu 1° qu'aux termes de l'art. 1358 du Code civil, le Serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit; que les art. 1366 et 1367, statuant sur le Serment d'office, l'admettent également sans distinction; qu'à l'égard du divorce, le Code civil n'a point dérogé à la règle générale établie par les articles précités; qu'il faut donc aussi l'appliquer aux demandes en divorce, comme à toute autre contestation quelconque; 2° que, suivant l'art. 1367, le Serment n'est point une preuve principale, mais seulement accessoire de celles par témoins et par titres; que la section du Code qui règle le divorce pour cause déterminée, admet expressément les preuves testimoniale et littérale, et qu'en admettant ces preuves, elle a tacitement admis le Serment qui en est l'accessoire; 3° que les motifs par lesquels le Serment décisoire pourrait être réputé inadmissible en matière de divorce, ne s'appliquent point au Serment d'office, vu que ce dernier suppose toujours qu'il existe déjà un commencement de preuve; 4° que l'art. 244 du Code civil porte qu'à l'audience à huis clos, il sera dressé procès-verbal des aveux que l'une ou l'autre partie pourrait faire; qu'il est donc dans l'intention de la loi, que le juge ait égard aux aveux des parties, et qu'à plus forte raison il doit attribuer pleine foi à leurs affirmations faites par Serment.

» Sur quoi la section de la justice de l'intérieur, après avoir entendu le rapport du sieur de Linsingen, l'un des auditeurs;

» Considérant que de l'art. 244 du Code civil, qui porte qu'il sera dressé procès-verbal des aveux des parties, il n'y a pas lieu de conclure que l'on peut aussi déférer à l'une d'elles le Serment; que l'on recueille les aveux parce-qu'ils peuvent faire preuve contre elles, et que c'est par cette raison qu'on ne doit pas leur déférer le Serment par lequel elles se feraient un titre à elles-mêmes, et se donneraient gain de cause;

» Considérant que le Code civil a tracé, dans le tit. 6, la procédure à suivre en matière de divorce, et qu'on n'y trouve pas le Serment; que l'on ne peut pas prétendre qu'il s'en est rapporté à cet égard au droit commun, et qu'il suffit, pour que le Serment soit admissible, qu'il ne l'ait pas exclu; car ce mode de décider les affaires ordinaires, ne saurait s'appliquer à celles qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs;

» Qu'en effet, le Serment est mis par le Code civil dans le titre des contrats et obligations conventionnelles, au rang des moyens propres à prouver, soit les obligations ou les faits qui en produisent, soit leur acquit; qu'il ne peut donc être employé que dans les causes qui sont susceptibles de conventions et d'un intérêt absolument privé; que c'est à ces causes que doivent être restreints les termes de l'art. 1358, *sur quelque contestation que ce soit;* que tout généraux qu'ils sont, ces termes doivent être rapportés aux matières conventionnelles sur lesquelles roule le titre où il est parlé du Serment, et qu'ils ne sauraient s'étendre à des matières d'une nature et d'un ordre si différens;

» Qu'on ne prétendrait pas sans doute que des époux demandeurs et défendeurs en divorce, peuvent se déférer le Serment, s'affranchir ainsi des précautions que la loi a prises contre un divorce convenu, et rompre par une transaction si prompte, une union dont la loi ne permet la dissolution qu'après de nombreuses et longues épreuves, ou pour des causes déterminées suffisamment prouvées;

» Que, si le Serment décisoire ne peut être reçu en matière de divorce, le Serment supplétoire doit pareillement en être exclu; que si l'on ne peut en cette matière constituer son adversaire juge en sa propre cause, on ne peut non plus le devenir soi-même par un Serment supplétoire à l'insuffisance des preuves qu'on a dû produire;

» Que la demande en divorce pour cause déterminée est une espèce d'accusation contre le défendeur, auquel on reproche des faits assez graves pour lui faire perdre tous les droits et tous les avantages du mariage; qu'il faut fournir la preuve complète de ces faits ou succomber; que c'est le cas de la règle, *actore non probante reus absolvitur, etiàm si nihil ipse præstet;*

» Que, comme on n'établit pas l'existence d'un mariage, ni même l'authenticité d'un acte de célébration irrégulier, par un Serment supplétoire, on ne peut non plus dissoudre un mariage par un Serment;

» Que c'est donc mal-à-propos qu'on allé-

gue que le Serment d'office étant le supplément des preuves, peut être ordonné dans tous les cas où la loi admet des preuves ; car elle admet la preuve des délits et des quasi-délits, et n'en reçoit pas comme preuve le Serment de l'accusateur ; elle admet la preuve de l'existence d'un mariage, et elle ne reçoit pas en preuve le Serment des parties ;

» Considérant enfin que le Code civil, loin de permettre que l'on facilite, en matière de divorce, les preuves des causes déterminées, et que l'on supplée à leur insuffisance, a rendu au contraire les preuves testimoniales plus difficiles que dans les autres causes, 1° en obligeant le demandeur à nommer les témoins qu'il se propose de faire entendre (art. 242) ; 2° en avertissant les parties, lors du jugement qui ordonne les enquêtes, qu'elles peuvent encore désigner d'autres témoins, mais qu'après ce moment elles n'y seront plus reçues (art. 243) ; qu'il suit évidemment de ces dispositions, que, si l'on a interdit aux parties de produire de nouveaux témoins, de peur sans doute que, dans un intérêt si grand et si personnel, elles n'en corrompent, elles ne peuvent pas, à plus forte raison, devenir témoins et juges dans leur propre cause ; que le tribunal qui ne peut plus les admettre à faire entendre de nouveaux témoins, ne peut pas les appeler en témoignage elles-mêmes, et suppléer par leur Serment aux témoins insuffisans qu'elles ont produits ;

» Rejette le pourvoi et condamne la demanderesse en cassation aux dépens ».

VII. Est-ce comme Serment *supplétif*, ou comme Serment *décisoire*, que l'on doit considérer celui dont une partie requiert la délation à l'autre, non d'une manière absolue, mais par des conclusions subsidiaires et seulement pour les cas où les juges n'accueilleraient pas les moyens opposés à cette partie ?

Il me paraît évident qu'un pareil Serment ne peut être considéré que comme supplétif, et c'est ce qu'a en effet jugé un arrêt de la cour de cassation dont voici l'espèce.

Déboutée par le tribunal de première instance de Latour, d'une demande qu'elle avait formée contre le sieur Montbrun, en reddition de compte, en annullation de deux contrats de vente du 8 juin 1782 qu'elle argue de simulation, et en restitution d'une somme de 17,600 francs qu'elle prétendait lui avoir confiée à titre de dépôt, la dame de Chastenet se pourvoit par appel devant la cour d'Agen ; et tout en persistant dans les moyens qu'elle a fait inutilement valoir devant les premiers juges, elle conclud subsidiairement à ce que son adversaire n'obtienne sa décharge qu'en affirmant que les deux ventes de 1782 ont été sincères, qu'il en a réellement payé le prix, et qu'il n'a pas reçu à titre de dépôt la somme de 17,600 francs qu'elle réclame.

Le 14 décembre 1808, arrêt qui, relativement aux deux chefs sur lesquels la dame de Chastenet a subsidiairement déféré le Serment au sieur Montbrun, dit qu'il a été bien jugé, et déclare qu'il n'y pas lieu d'ordonner la prestation du Serment déféré, attendu que ce Serment est purement supplétif, et que le sieur Montbrun n'ayant contre lui aucune présomption grave, ne peut pas être soumis à le prêter.

La dame de Chastenet se pourvoit en cassation, et soutient que la cour d'appel d'Agen a violé les art. 1358, 1360 et 1361 du Code civil.

Par arrêt contradictoire du 30 octobre 1810, au rapport de M. Cassaigne,

« Attendu que la loi laisse à la prudence des juges d'ordonner ou de ne pas ordonner le Serment suppletif, suivant les circonstances dont elle remet l'appréciation à leurs lumières et à leur conscience ; que le Serment déféré par la dame Chastenet au sieur Montbrun, est purement supplétif, puisqu'elle ne l'a déféré que subsidiairement à tous moyens, et qu'il n'a apparu à la cour d'appel d'aucune présomption qui ait pu l'autoriser à l'ordonner dant l'espèce ; et que, par suite, en refusant d'y assujétir le sieur Montbrun, la cour d'appel n'a violé aucune loi de la matière ;

» La cour rejette le pourvoi...».

V. mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Serment*, §. 4.

VIII. Le Serment qui précède un interrogatoire sur faits et articles, doit-il être considéré comme un Serment décisoire contre lequel nulle preuve ne puisse être admise ? *V.* l'article *Interrogatoire sur faits et articles*, n° 16.

VIII *bis*. On a vu au mot *Parjure*, n° 2, que la fausseté d'un Serment référé et prêté en justice, doit être punie de la dégradation civique.

De là deux questions :

1° Cette disposition est-elle applicable au cas où celui qui a fait le Serment, l'avait offert avant qu'on le lui déférât ?

2° Lorsqu'un Serment a été prêté par un demandeur en paiement d'une dette contractuelle au-dessus de 150 francs, le ministère public peut-il, sans un commencement de preuve par écrit, en prouver la fausseté par témoins ?

Voici une espèce dans laquelle j'ai traité ces deux questions.

Le 28 messidor an 9, Gilbert Merlin, oncle,

vend à Philippe André, par un acte sous seing-privé, toutes les pierres propres à faire de la chaux qui se trouvent dans un terrain indiqué, moyennant 1° une somme de 300 francs que l'acquéreur s'oblige de lui payer dans un certain terme ; 2° quatre tonneaux de chaux qu'il promet de lui fournir dans le même délai, et 3° à la charge de combler les fosses qu'il pourra pratiquer pour l'extraction des pierres.

Philippe André meurt. Gilbert Merlin, oncle, fait assigner ses héritiers au tribunal de Montluçon pour se voir condamner à lui payer 200 francs, restant des 300 francs compris dans le billet du 28 messidor an 9, à lui fournir les quatre tonneaux de chaux, et à lui rembourser la somme qu'il a déboursée pour combler les fosses.

Les héritiers de Philippe André répondent qu'il avait lui-même payé, avant sa mort, à Gilbert Merlin, neveu, pour le compte de Gilbert Merlin, oncle, son créancier, la somme de 200 francs réclamée par celui-ci.

Le 6 décembre 1811, jugement qui ordonne la mise en cause de Gilbert Merlin, neveu.

Gilbert Merlin, neveu, comparaît, nie avoir reçu les 200 francs de Philippe André, et offre son Serment à l'appui de sa dénégation.

Les héritiers de Philippe André persistent à soutenir qu'il a reçu cette somme, et offrent de le prouver par témoins.

Par jugement du 8 mai 1812, le tribunal civil de Montluçon, considérant que la preuve testimoniale offerte par les héritiers de Philippe André, est prohibée par l'art. 1341 du Code civil, les condamne à payer les 200 francs, à la charge par Gilbert Merlin, oncle, d'affirmer que cette somme lui est due légitimement, et par Gilbert Merlin, neveu, d'affirmer qu'il ne l'a point reçue.

Gilbert Merlin, oncle et neveu, présens à audience, prêtent à l'instant le Serment qui leur est déféré; et le tribunal leur en donne acte.

Dès le lendemain, le procureur du gouvernement rend plainte en faux serment contre Gilbert Merlin, neveu ; et il s'ouvre une information dans laquelle plusieurs témoins déposent avoir vu, dans un cabaret, Philippe André compter à Gilbert Merlin, neveu, les 200 francs, et celui-ci les mettre dans ses poches, en déclarant Philippe André entièrement libéré envers son oncle. D'autres témoins assurent que, peu de temps après la mort de Philippe André, Gilbert Merlin, neveu, s'est rendu chez un huissier pour lui parler de dommages-intérêts que son oncle avait à répéter contre la succession du défunt, faute de comblement de fosses pratiquées pour l'extraction de la pierre calcaire ; qu'il évaluait alors les dommages-intérêts à 80 francs; et que l'huissier lui ayant remontré que cette somme lui paraissait exorbitante, il a déclaré que, si, à cet égard, on lui faisait quelques difficultés, il poursuivrait l'exécution de l'acte sous seing-privé du 28 messidor an 9.

Sur cette information, et dès le 5 juin suivant, le tribunal civil de Montluçon décerne contre Gilbert Merlin, neveu, une ordonnance de prise de corps.

Le 15 du même mois, arrêt de la cour d'appel de Riom qui met Gilbert Merlin, neveu, en état d'accusation, et le renvoie devant la cour d'assises du département de l'Allier.

Le 17 juillet de la même année, déclaration du jury portant « que Gilbert Merlin, accusé, » est coupable d'avoir, le 8 mai dernier, à l'au» dience du tribunal civil de Montluçon, qui » lui avait déféré le Serment, affirmé fausse» ment qu'il n'avait pas reçu de défunt Philippe » André une somme de 200 francs, pour raison » de laquelle il y avait demande au même tri» bunal ».

Le même jour, arrêt qui, d'après cette déclaration, et vu l'art. 366 du Code pénal, condamne Gilbert Merlin, neveu, à la dégradation civique.

Gilbert Merlin, neveu, se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

Le 28 août 1812, cette affaire est rapportée à la section criminelle, et mise en délibéré.

« Pour établir (ai-je dit dans un mémoire sur ce délibéré), que la disposition de l'art. 366 du Code pénal lui a été faussement appliquée, le réclamant soutient 1° qu'il n'a pas pu être déclaré coupable de parjure, par une simple preuve testimoniale, et sans preuve ou commencement de preuve par écrit, du paiement de la somme de 200 francs qu'il avait affirmé ne pas avoir reçue; 2° qu'en tout cas, la peine portée par l'art. 366, ne lui serait applicable qu'autant que le Serment lui aurait été *déféré ou référé*; et que c'est lui-même qui a *offert* le Serment dont il s'agit.

» De ces deux moyens de cassation, le deuxième ne mérite évidemment aucun égard.

» Les mots *Serment référé* ne peuvent sans doute s'entendre que du Serment décisoire; car c'est le seul que la partie à la quelle il est déféré, puisse *référer* à l'autre partie; l'art. 1368 du Code civil est là-dessus très formel.

» Mais les mots *Serment déféré* comprennent dans leur acception, et le Serment décisoire, et le Serment que le juge enjoint à l'une

des parties de prêter. Le *Serment judiciaire* (dit l'art. 1357 du Code civil) *est de deux espèces : 1° celui qu'une partie défère à l'autre, pour en faire dépendre le jugement de la cause : il est appelé décisoire ; 2° celui qui est déféré d'office par le juge à l'une ou à l'autre des parties.*

» Et inutilement vient-on vous dire que ce n'est pas d'*office* que le Serment a été déféré au réclamant par le tribunal civil de Montluçon ; inutilement, vient-on vous dire que le Serment n'a été déféré au réclamant, que d'après l'offre qu'il en avait faite.

» L'offre préalable du réclamant ne peut empêcher que ce Serment ne soit considéré comme *déféré d'office*. Le juge est censé faire d'office, lors même que la partie le prévient par sa demande, tout ce qu'il peut et doit faire sans qu'il y soit provoqué par les parties. Il suffit que la chose appartienne à son office, pour qu'il soit réputé l'ordonner en vertu de son office même. Les parties ne peuvent pas, par leurs demandes toujours surabondantes en pareil cas, dénaturer l'acte de juridiction qu'exerce le juge.

» Conçoit-on d'ailleurs comment pourrait-être à l'abri de la peine du parjure, celui qui aurait fait un faux Serment d'après son offre, tandis que cette peine atteindrait celui qui n'aurait fait un faux Serment que pour obéir à la justice ? Le premier est manifestement plus coupable que le second ; il ne peut donc pas être traité avec plus de ménagement.

» Mais si le deuxième moyen de cassation du réclamant est insoutenable, le premier nous paraît mériter toute l'attention de la cour.

» A la vérité, il est de principe que les crimes et les délits peuvent être prouvés par témoins ; c'est même presque toujours le seul genre de preuves que l'on puisse employer pour en découvrir les auteurs.

» Mais lorsque le fait qualifié crime ou délit, n'est tel que par suite d'un fait antérieur, innocent en soi, et dont la loi civile n'admet pas la preuve testimoniale, peut-on, pour établir le crime ou le délit, prouver par témoins le fait sans lequel il ne pourrait y avoir ni délit ni crime ?

» Par exemple, et pour arriver à notre espèce, le Serment prêté par le réclamant, à l'audience du tribunal de Montluçon, le 8 mai dernier, ne peut être réputé faux, qu'en supposant que le réclamant avait reçu de Philippe André la somme de 200 francs qui formait l'objet du litige. Le paiement de cette somme aurait-il pu, dans une cause civile, être prouvé par témoins ? Les art. 1316 et 1341 du Code civil ne permettent pas de révoquer la négative en doute. Mais ce qu'on n'aurait pas fait dans une cause civile, n'a-t-on pas pu le faire dans un procès criminel ;

» Pour établir qu'on l'a pu, on dira sans doute que le Code civil lui-même, art. 1348, n° 1, permet de prouver par témoins les *délits ou quasi-délits*.

» Mais prenons y garde. Le délit n'est pas ici dans le paiement prétendu fait au réclamant par Philippe André, d'une somme de 200 francs ; il est dans la dénégation assermentée de ce paiement, et il n'est que là.

» Que l'on eût pu, en vertu de l'art. 1348 du Code civil, prouver par témoins cette dénégation assermentée, si la preuve authentique n'en avait pas été consignée dans le jugement du 8 mai, soit.

» Mais la preuve de cette dénégation n'emportera pas celle de sa fausseté : pour prouver que cette dénégation est fausse, il faudra prouver un fait antérieur, qui est purement civil, qui ne porte aucun caractère de crime.

» Et ce fait purement civil, ce fait qui ne porte aucun caractère de crime, sera-t-on admis à le prouver par les voies qui sont propres aux faits criminels ? Affranchi, par lui-même, de la preuve par témoins, y deviendra-t-il sujet à raison de ce qu'il est allégué comme ayant précédé un autre fait, qui est susceptible de cette preuve ?

» Nous osons croire que non. C'est de la nature individuelle de chaque fait, que dépend le genre de preuve dont il est susceptible ; et comme sa nature n'est pas changée par cela seul qu'il est suivi d'un second fait auquel peut s'appliquer un autre genre de preuve, la règle qui détermine la manière de le prouver, ne peut pas non plus être changée par la survenance de ce second fait.

» Si les héritiers de Philippe André se pourvoyaient devant le tribunal civil, pour faire juger que Gilbert Merlin, neveu, a fait un faux Serment, ou pour parler avec plus de précision, s'ils prenaient la voie de la requête civile pour faire retracter, pour cause de dol, le jugement du 8 mai dernier, seraient-ils recevables, pour établir la fausseté du Serment, à prouver par témoins le paiement prétendu fait par Philippe André à Gilbert Merlin, neveu ? Non, certainement non.

» Si ces mêmes héritiers avaient pris la voie criminelle contre Gilbert Merlin, neveu, auraient-ils été recevables à prouver ce paiement par témoins ? Pas davantage ; et cela résulte bien clairement de ce que disait M. l'avocat-général Joly de Fleury à l'audience du parlement de Paris, du 2 avril 1706, au

sujet de l'art. 2 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667 : *Ce n'est point la voie civile ou la voie criminelle que la partie a choisie, qui décide pour y appliquer l'ordonnance, ou pour l'en écarter. On peut poursuivre légitimement par la voie civile, des délits dont la preuve par témoins peut être admissible. On ne peut introduire contre les règles, par la voie criminelle, une preuve indirecte d'un fait qui ne peut être prouvé par témoins ; c'est la nature du fait dont on demande la preuve par témoins, qui doit décider.*

» Et c'est sur ce fondement que, par un arrêt du parlement de Dijon, du 5 juillet 1670, et cinq autres du parlement de Paris, des 7 avril 1664, 16 mars 1723....., mars 1724, 22 mai 1765 et 9 août 1766, rapportés dans la nouvelle édition de Denisart, à l'article *Dépôt*, il a été jugé *qu'il n'est pas permis d'employer les voies criminelles, pour se procurer indirectement, en fait de dépôt volontaire, une preuve testimoniale qui est réprouvée par la loi.*

» C'est sur ce fondement que, le 12 messidor an 11, au rapport de M. Rataud, et le 21 mars 1811, au rapport de M. Favard de Langlade, vous avez cassé deux arrêts qui, sur des plaintes en violation de dépôts volontaires, avaient admis la preuve par témoins du fait même du dépôt.

» C'est sur ce fondement que, le 20 fructidor an 12, au rapport de M. Lachèze et sur nos conclusions, vous avez (en maintenant un arrêt de la cour de justice criminelle du département de Seine et Marne, attaqué par les sieurs Merlin-Hall et Champagne) proclamé, comme une vérité incontestable, *que, lorsqu'un délit présuppose une convention antérieure dont la preuve testimoniale n'est pas admise par la loi, il serait inutile, et il est par suite défendu, de prouver le délit par témoins, tant que la convention n'est pas prouvée par une autre voie légale, parceque le défaut de preuve légale de la convention entraîne nécessairement la conséquence que le délit n'a pas été commis.*

» Et il ne faut pas croire qu'il en soit autrement, lorsque, comme dans notre espèce, c'est par le ministère public seul et d'office qu'est poursuivi un crime ou délit qui présuppose une convention ou un paiement antérieur dont la preuve ne peut être légalement faite que par écrit. Vous avez vous-mêmes jugé le contraire, le 5 décembre 1806, au rapport de M. Audier-Masillon, en rejetant la demande du procureur général de la cour de justice criminelle du département d'Indre et Loire, en cassation d'un arrêt de cette cour, qui avait déclaré le ministère public non-recevable à prouver par témoins un dépôt volontaire qu'il accusait le sieur Pichonneau d'avoir violé, et en la rejetant, *attendu qu'avant de porter aux tribunaux correctionnels une plainte en violation de dépôt, il est nécessaire que ce dépôt soit légalement constaté ; qu'autrement, ce serait admettre la preuve testimoniale dans un cas où la loi l'a expressément prohibée, et fournir un moyen aussi facile qu'assuré d'éluder la loi ; que cette règle est générale, et reçoit son application, soit que le procès criminel ait été commencé sur la plainte de la partie qui se prétend lésée, soit qu'il n'y ait eu de plainte et poursuite que de la part du ministère public, sans adjonction d'une partie civile.*

» Qui ne voit en effet que, s'il en était autrement, la loi qui défend la preuve testimoniale en matière de paiement, comme en matière de dépôt, serait toujours éludée, même en faveur de la partie privée?

» La partie intéressée à prouver par témoins, soit le dépôt, soit le paiement, n'agirait pas elle-même directement par la voie criminelle ; mais elle emploierait, soit par elle-même, soit par une personne interposée, les moyens indiqués par la loi pour que le ministère public agit d'office ; et une fois l'action du ministère public engagée, une fois la preuve testimoniale acquise, la partie privée interviendrait comme partie civile ; et alors, il faudrait bien que le juge criminel, en condamnant le prévenu, d'après l'action du ministère public, adjugeât à la partie civile les dommages-intérêts qui lui seraient dus.

» Dans notre espèce, il est vrai, les héritiers de Philippe André ne sont pas intervenus dans le procès criminel ; ils ne s'y sont pas portés parties civiles. Mais ils n'en peuvent pas moins, si l'arrêt attaqué subsiste, s'en faire un moyen de requête civile contre le jugement en dernier ressort du 8 mai, et ils ne tireront pas moins de cet arrêt le même fruit que s'ils l'avaient provoqué personnellement.

» Il en serait autrement sans doute, si le jugement du 8 mai avait été rendu d'après un Serment qu'ils eussent eux-mêmes déféré à Gilbert Merlin, neveu : dans cette hypothèse, l'art. 1363 du Code civil leur fermerait la porte à toute réclamation dans leur intérêt privé, et ne laisserait d'action qu'au ministère public pour prouver le parjure.

» Mais dans cette hypothèse même, il faudrait encore regarder le ministère public comme lié par la loi qui prohibe la preuve testimoniale de toute convention, de tout paiement au-dessus de 150 francs; car le ministère

public ne peut pas avoir, lorsqu'il agit seul, des droits qu'il n'aurait pas si une partie civile agissait avec lui; et l'accusé ne peut pas être privé, par cela seul que le ministère public agit contre lui sans partie civile, d'exceptions qu'il pourrait opposer si une partie civile agissait avec le ministère public.

» Mais de tout cela conclurons-nous que l'arrêt attaqué par le réclamant, doit être cassé?

» Il n'en est pas de cet arrêt, comme de celui du 25 juin qui a mis le réclamant en état d'accusation.

» Lors de l'arrêt du 25 juin, il était bien constant, il est même reconnu par cet arrêt, qu'il n'y avait contre le réclamant, ni preuve par écrit du fait du paiement des 200 francs dont il s'agit, ni rien qui pût en tenir lieu.

» Et si le réclamant s'était pourvu en cassation contre cet arrêt, dans le délai de la loi, vous auriez vraisemblablement accueilli son recours sans la moindre hésitation; vous auriez vraisemblablement cassé cet arrêt, comme motivant une accusation sur un fait qui, dans l'état où se trouvait alors la procédure, ne pouvait pas être considéré comme un crime, faute de preuve légale du fait antérieur qu'il présupposait.

» Mais aujourd'hui, qui nous répondra que, devant les jurés, le réclamant n'a pas avoué le fait du paiement des 200 francs? Qui nous répondra que du moins il n'a pas laissé échapper devant les jurés, de ces demi-aveux, de ces contradictions qui peuvent être assimilés à des commencemens de preuves par écrit? Et serions-nous assez téméraires pour entreprendre de soulever le voile religieux qui couvre la délibération des jurés, de sonder le fond de leur conscience, et d'y chercher les élémens de la conviction qu'ils ont manifestée par leur déclaration?

» Nous estimons qu'il y a lieu de rejeter le recours de Gilbert Merlin, neveu; et néanmoins, faisant droit sur nos conclusions, casser et annuler, dans l'intérêt de la loi seulement, l'arrêt de la cour d'appel de Riom qui a mis Gilbert Merlin, neveu, en état d'accusation et ordonner qu'à notre diligence, l'arrêt à intervenir sera imprimé et transcrit sur les registres de cette cour ».

Par arrêt du 5 septembre 1812, au rapport de M. Benvenuti,

« La cour, vidant le délibéré prononcé à l'audience du 28 août 1812;

» Attendu que Gilbert Merlin, neveu, ne s'est pas pourvu en cassation contre l'arrêt de la cour de Riom qui l'a mis en accusation et renvoyé à la cour d'assises du département de l'Allier; que cet arrêt a donc irrévocablement acquis l'autorité de la chose jugée, et qu'il doit être réputé avoir légalement saisi ladite cour d'assises;

» Que, relativement aux débats qui ont eu lieu devant cette cour, et à la déclaration du jury qui en a été la suite, il ne peut rester aucune trace des élémens des preuves d'après lesquels a pu se former la conviction du jury; que les réponses aux questions qui lui ont été soumises, ne présentent ni ambiguité, ni contradiction; que, sur ces réponses, la loi pénale a été bien appliquée;

» Attendu d'ailleurs qu'il n'a été commis violation à aucun article de loi prescrit à peine de nullité, et qu'il a été satisfait aux dispositions de l'art. 296 du Code d'instruction criminelle;

» La cour rejette le pourvoi du susnommé Gilbert Merlin, neveu;

» Mais statuant sur la réquisition du procureur général en la cour, faite à l'audience et pour l'intérêt de la loi;

» Vu l'art. 408 du Code d'instruction criminelle et l'art. 1341 du Code civil...;

» Attendu que, si les faits criminels peuvent être prouvés par des dépositions de témoins et par tout autre moyen de conviction étranger à la preuve qui résulte des actes écrits, il n'en est pas de même des faits civils autorisés par la loi civile et dont la preuve a été assujétie par elle à la production d'un acte écrit qui les constate;

» Qu'à l'égard de ces faits, la loi qui détermine le genre de preuve qui en peut être admis, étend son empire sur la procédure criminelle comme sur la procédure civile; qu'elle doit être respectée et observée par les juges criminels, même dans le cas où le fait autorisé par la loi civile, se liant, par des rapports nécessaires et absolus, au fait puni par la loi criminelle, la preuve du fait criminel ne peut être établie que par celle du fait civil, et doit en être la conséquence;

» Et attendu que Gilbert Merlin, neveu, a été poursuivi pour avoir juré contre la vérité, dans un Serment qui lui avait été déféré en justice, qu'une somme excédant 150 francs ne lui avait pas été payée; que la fausseté de ce Serment n'étant pas reconnue par Merlin, la preuve n'en pouvait résulter que de celle du paiement qu'il avait affirmé ne pas lui avoir été fait; que la vérité du paiement était le principe constitutif de la fausseté du Serment; mais que ce paiement était un acte purement civil, soumis, dans sa preuve, aux dispositions des art. 1341 et 1347

du Code civil ; que la preuve testimoniale en était prohibée d'une manière générale par ledit art. 1341 ; et qu'elle n'en était admise par la disposition exceptionnelle de l'art. 1347, qu'au cas qu'il aurait existé un commencement de preuve par écrit ;

» Que le Serment prêté par Merlin, ne pouvait donc prendre le caractère d'un faux Serment et devenir passible des poursuites criminelles, qu'autant qu'il aurait été produit une preuve écrite, ou du moins un commencement de preuve par écrit, du paiement qui avait été dénié par ce Serment ;

» Que néanmoins, la cour d'appel de Riom a renvoyé Gilbert Merlin devant la cour d'assises et l'a mis en accusation pour faux Serment, sans déclarer qu'il existât, ni preuve écrite, ni commencement de preuve par écrit, du paiement qui, seul, pouvait faire réputer ce Serment faux ; que cet arrêt de mise en accusation et de renvoi à la cour d'assises, a donc porté sur un fait à l'égard duquel il n'y avait encore ni preuve ni présomption légale de caractère criminel ; qu'il a donc été une violation des règles de compétence prescrites par la loi ;

» D'après ces motifs, la cour casse et annulle, dans l'intérêt de la loi seulement, l'arrêt rendu le 25 juillet 1812 par la cour d'appel de Riom, qui a renvoyé Gilbert Merlin devant la cour d'assises du département de l'Allier, en état d'accusation d'un faux Serment par lui prêté en justice..... ».

Le 17 juin 1813, arrêt semblable, au rapport de M. Bauchau, sur le recours en cassation de Mathias Stein contre un arrêt de la cour d'appel de Trèves qui l'avait mis en accusation, comme prévenu d'un faux Serment :

« Vu (porte-t-il) l'art. 408 du Code d'instruction criminelle et l'art. 1341 du Code civil;

» Attendu que, si les faits criminels peuvent être prouvés par des dépositions de témoins, et par tout autre moyen de conviction étranger à la preuve qui résulte des actes écrits, il n'en est pas de même des faits civils autorisés par la loi civile et dont la preuve est assujétie par elle à la production d'un acte écrit qui les constate ;

» Qu'à l'égard de ces faits, la loi qui détermine le genre de preuve qui en peut être admise, étend son empire sur la procédure criminelle, comme sur la procédure civile; qu'elle doit être respectée et observée par les juges criminels, même dans le cas où le fait autorisé par la loi civile, se liant, par des rapports nécessaires et absolus, au fait puni par la loi criminelle, la preuve du fait criminel ne peut être établie que par celle du fait civil, et doit en être la conséquence ;

» Que Mathias Stein a été poursuivi pour avoir juré contre la vérité, dans un Serment qui lui avait été déféré en justice, qu'il n'avait pas fait la vente de la moitié d'une maison au prix de 200 florins ;

» Que la fausseté de ce Serment n'étant pas reconnue par Stein, la preuve n'en pouvait résulter que de celle de la vente qu'il avait affirmé n'avoir pas faite ; que la vérité de la vente était le principe constitutif de la fausseté du Serment ; mais que cette vente étant un acte purement civil, soumis, dans sa preuve, aux dispositions des art. 1341 et 1347 du Code civil, la preuve testimoniale en était prohibée d'une manière générale par ledit art. 1341 ; et qu'elle n'en était admise par la disposition exceptionnelle de l'art. 1347, qu'au cas qu'il en aurait existé un commencement de preuve par écrit ; que le Serment prêté par Stein, ne pouvait donc prendre le caractère d'un faux serment, et devenir ainsi passible de poursuites criminelles, qu'autant qu'il aurait été produit une preuve écrite, ou du moins un commencement de preuve par écrit, de la vente qui avait été déniée par ce Serment;

» Que néanmoins la cour d'appel de Trèves, chambre d'accusation, a mis ledit Stein en état d'accusation pour faux Serment, sans déclarer qu'il existait, ou une preuve écrite, ou un commencement de preuve par écrit, de la vente qui seule pouvait faire réputer ce Serment faux ;

» Que l'arrêt de mise en accusation et le renvoi à la cour d'assises dont il s'agit, a donc porté sur un fait à l'égard duquel il n'y avait encore ni preuve ni présomption légale de caractère criminel ;

» Qu'il a donc été une violation des règles de compétence prescrites par la loi ;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle l'arrêt rendu le 9 avril précédent par la cour d'appel de Trèves, contre Mathias Stein... ».

V. mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Serment*, §. 5.

IX. Le juge peut-il, après qu'une partie a prêté le Serment qui lui a été déféré, diviser ou écarter ce Serment ?

V. le plaidoyer et l'arrêt du 18 janvier 1813, rapporté au mot *Testament*, sect. 4, §. 3.

X. Nous reviendrons, aux mots *Serment en plaids*, sur la disposition de l'art. 1369.

XI. On trouvera sous le mot *affirmation*, beaucoup d'autres détails sur les espèces de *Serment judiciaire* dont il vient d'être parlé.

§. III. *Règles communes au Serment promissoire et au Serment affirmatif.*

En général, et sauf les exceptions remarquées ci-devant, §. 1, art. 1, la forme du Serment consiste à dire, en levant la main droite, *je jure* de faire telle chose, ou *je jure* que telle chose existe.

Mais 1° *promettre* de faire telle chose, est-ce remplir le vœu de la loi qui exige que l'on *jure* de la faire?

Il est évident que non. Cependant, dans un procès criminel jugé par la cour d'assises du département du Rhône, le 28 février 1812, les témoins produits aux débats publics, avaient simplement *promis* de parler sans haine et sans crainte, etc.; et par arrêt du même jour, l'accusé avait été condamné.

Mais celui-ci s'est pourvu en cassation; et le 9 avril suivant, au rapport de M. Aumont,

« Vu l'art. 317 du Code d'instruction criminelle;

» Attendu que cet article ne se borne pas, comme faisait l'art. 350 du Code du 3 brumaire an 4, à exiger que les témoins promettent de parler sans haine, etc; qu'il les oblige à prêter le Serment de parler, etc.; qu'en demandant ce Serment aux témoins, le législateur a voulu avoir une garantie plus forte de la vérité de leurs dépositions, que celle que pouvait offrir la simple promesse exigée d'eux par le Code de brumaire an 4;

» Que cette garantie ne peut être légitimement refusée à la justice qui la réclame, *à moins que les principes du culte religieux des témoins ne s'y opposent;*

» Que l'observation de l'article cité du Code d'instruction criminelle, est prescrite à peine de nullité;

» Que cependant il est constaté par le procès-verbal des débats, que les témoins entendus à la première séance, ont *promis*, mais n'ont pas *fait le Serment* de parler sans haine, etc., et qu'il n'y est fait aucune mention du motif qui a pu déterminer la cour d'assises à permettre que les témoins substituassent une simple promesse au Serment rigoureusement commandé par la loi;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle...».

Le 4 juin de la même année, arrêt semblable, au rapport de M. Vantoulon, sur la demande du nommé Contavreux en cassation d'un arrêt de la cour d'assises du département de l'Ain:

« Vu (y est-il dit) l'art. 317 du Code d'instruction criminelle;

» Attendu que, d'après l'art. 372 du susdit Code, le procès-verbal des débats doit constater l'observation des formalités ordonnées par la loi;

» Que, dans l'espèce, d'après le procès verbal qui a été rédigé conformément à cet article, les témoins entendus aux débats n'ont fait qu'une simple promesse de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité et rien que la vérité; qu'il n'ont pas fait cette promesse sous la foi du Serment: qu'ils n'ont donc pas donné à leurs dépositions la garantie de sincérité que la loi exige à peine de nullité;

» D après ces motifs, la cour casse et annulle les débats et tout ce qui s'en est ensuivi, notamment l'arrêt de condamnation.... ».

Le même jour, autre arrêt, au rapport de M. Bailly, qui prononce de même au sujet de la promesse non-assermentée qu'un interprète avait faite de traduire fidèlement, pendant les débats, les discours à transmettre entre ceux qui parleraient des langages différens:

« Vu (ce sont les termes de cet arrêt) l'art. 332 du Code d'instruction criminelle;

» Considérant qu'il est prouvé au procès d'Anne Schoonaert, que l'interprète nommé pour les débats, n'a fait qu'une promesse, au lieu du Serment exigé par cet article à peine de nullité, et qu'en employant ce mot *Serment*, le législateur a voulu que la religion de l'interprète donnât de la fidélité de sa traduction une garantie spéciale d'une toute autre force que celle résultant d'une simple promesse faite à la justice; d'où suit la nullité de tout ce qui a été fait par cet interprète; ce qui entraîne la nullité du débat, de la déclaration du jury et de l'arrêt de la cour d'assises du département de la Dyle, du 21 avril dernier, qui a condamné ladite Schoonaert à quatorze ans de travaux forcés;

» La cour casse les opérations faites par ledit interprète non assermenté; et par suite, la déclaration du jury et ledit arrêt, pour violation dudit art. 332 du Code d'instruction criminelle....».

Même arrêt, le 23 avril 1813, au rapport de M. Schwend, au sujet de la simple *promesse de dire la vérité, toute la vérité*, à la suite de laquelle des témoins assignés à la requête d'un accusé, avaient déposé à décharge.

2° Aurait-on pu juger de même, s'il eût été dit dans le procès-verbal des débats, que les témoins avaient fait, avant de déposer, *la promesse exigée par l'art. 317 du Code d'instruction criminelle;* ou que l'interprète avait fait, avant de remplir ses fonctions, *la promesse exigée par l'art.* 332 du même Code?

Barthelemi Guitton a soutenu l'*affirmative* dans une requête en cassation d'un arrêt rendu contre lui par la cour d'assises du département

de la Drôme : mais par arrêt du 2 juillet 1812, au rapport de M. Aumont,

« Attendu qu'il est constaté par le procès-verbal des séances que les témoins ont fait la promesse *exigée par l'art.* 317 *du Code d'instruction criminelle* ; d'où résulte une présomption légale que la promesse faite par lesdits témoins, l'a été sous la religion du Serment ; et qu'ainsi ledit article a reçu son exécution ;

» La cour rejette le pourvoi....».

3° L'affirmation équivaut-elle à un Serment? Y équivaut-elle toujours?

Qu'elle y équivaille en français, à moins que le contraire ne résulte du contexte de la phrase dans laquelle est employé le mot *affirmation*, cela n'est pas douteux. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Serment*, §. 1 et 3.

Mais l'expression *confirmato* a-t-elle le même sens en italien?

Le 7 janvier 1812, le nommé Natili est mis en jugement devant le tribunal correctionnel de Viterbe, en vertu d'un procès-verbal confirmé, *confirmato*, devant le juge de paix, et constatant qu'il a fait une plantation illégale de tabacs.

Le même jour, jugement qui, sans avoir égard aux moyens de nullité employés par Natili contre le procès-verbal, prononce la confiscation des plantes de tabac, avec une amende de 1.000 francs.

Natili appelle de ce jugement, et par arrêt du 4 avril suivant, « considérant que le procès-verbal rédigé par l'inspecteur Salmon et » par les gardes champêtres Malmigunati et Bellini, a été simplement confirmé (*confirmato*) » par ceux-ci devant le juge de paix, et non affirmé ou ratifié par Serment (*congiuramento*) » comme il est prescrit, sous peine de nullité, » par l'art. 25 du décret du 1er germinal an 13»; la cour d'appel de Rome déclare le procès-verbal nul ; en conséquence, décharge Natili de l'amende de 1,000 francs, et ne prononce contre lui que la confiscation des plantes de tabac.

La régie des sels et tabacs se pourvoit en cassation. Mais par arrêt du 3 juillet de la même année, au rapport de M. Bailly,

« Attendu que le mot *affirmé*, employé dans les art. 25 et 26 du décret du premier germinal an 13, pour la validité des procès-verbaux, emporte avec soi l'acception d'une déclaration faite avec Serment sur la vérité et la sincérité du procès-verbal ;

» Qu'il est jugé, *en fait*, par l'arrêt de la cour d'appel de Rome, qu'au mot italien *confirmato*, duquel le juge de paix s'est servi dans l'acte d'affirmation du procès-verbal annulé par cet arrêt, il aurait fallu ajouter les mots *con giuramento*, pour qu'il fût prouvé que ce procès verbal avait été réellement affirmé, et que le dit procès-verbal étant légalement déclaré nul, il n'y avait lieu qu'à la confiscation sèche des quinze pieds de tabac...,laquelle confiscation a été en effet prononcée dans l'espèce.... ;

» La cour rejette le pourvoi....».

Il a été rendu, le même jour, trois autres arrêts parfaitement semblables.

II. Il y a deux cultes dont les rites prescrivent, pour la prestation du serment, des formes particulières.

Le premier est le culte judaïque. On a vu, au mot *Affirmation*, de quelle manière un juif prêta, en avril 1755, devant la première chambre des requêtes du palais, à Paris, un Serment décisoire qui lui avait été déféré : c'est ici le lieu d'ajouter que, sous l'ancien régime, dans les pays où il existait des rabbins, leur présence était nécessaire à toute prestation de Serment que faisait un juif.

Le 1er avril 1739, sentence du juge de Thann qui condamne la veuve et les héritiers du sieur Rudler à payer à Lazare Brunschwick, juif, une somme de 1,539 livres, montant d'un billet du 16 mai 1731, avec les intérêts, « en affirmant par lui qu'il n'a rien reçu en déduction, que ledit billet subsiste encore en » son entier, et qu'il ne tient point de journal » pour ses propres affaires ».

En exécution de cette sentence, Lazare Brunschwick obtient du juge qui l'a rendue, une ordonnance qui fixe le jour de la prestation du Serment, et afin d'obvier aux frais, commet le rabbin d'Uffholtz pour le recevoir.

Le jour désigné par cette ordonnance, les parties condamnées s'opposent à ce que l'affirmation de Lazare Brunschwick soit reçue par un rabbin non patenté du roi; et déclarent que, dans le cas où il serait passé outre, elles appellent de sa nomination.

Lazare Brunschwick se pourvoit au conseil souverain de Colmar, et conclud à ce qu'il lui plaise « ordonner que, sans s'arrêter à l'appel des veuve et héritiers Rudler, il sera passé outre à la réception du Serment du suppliant par le commis rabbin d'Uffholtz, si » mieux ils n'aiment consentir à ce qu'il soit » prêté à leurs frais entre les mains du rabbin » de Ribeauvillé, ce qu'ils seront tenus d'opter dans trois jours ; sinon, sans qu'il soit » besoin d'autre arrêt, l'option référée au » suppliant ; et les condamner aux frais, coût » et sceau de l'arrêt qui interviendra ».

Par arrêt du 10 juin 1739, les chambres assemblées, « le conseil, sans s'arrêter aux fins de

» ladite requête, faisant droit sur la réquisi-» tion du procureur général du roi, a ordon-» né et ordonne que le Serment du suppliant » et tous autres déférés aux juifs dans les siè-» ges de première instance, y seront reçus en » langue vulgaire par le rabbin, lequel sera » tenu de les faire faire de la même manière » que cela se pratique de juif à juif, et sans » fraude, à peine de punition et de tous dé-» pens, dommages et intérêts, lui allouant » dans les frais 20 sous pour la prestation, » et 6 francs par jour, s'il est obligé de se » transporter hors du lieu de sa résidence ».

Le 15 mai 1749, Samuel Weil, rabbin des juifs de la Haute-Alsace, présente au conseil souverain de Colmar une requête ainsi conçue:

« Par lettres de sa majesté, du 4 mai 1711, le suppliant a été établi rabbin pour faire les fonctions de cet emploi, de la manière que fait le rabbin des juifs de la ville de Metz. En vertu de ces lettres et de l'arrêt du conseil qui en a ordonné l'enregistrement, le suppliant a toujours exercé les fonctions attribuées à cet emploi, et joui, parmi ceux de sa nation, des prérogatives y annexées. Il y a dans différens lieux de son district des hommes versés dans les usages, rits et lois des juifs, auxquels on donne le nom de rabbin, mais dont les fonctions qui s'exercent au dehors de la nation, sont simplement de faire prêter, sous les yeux et par les ordres des juges, les Sermens qui sont déférés en justice à des Juifs. Il arrive souvent que des Juifs auxquels le conseil enjoint de faire des affirmations, soit dans des instances d'ordre, soit en d'autres causes ou procès, prêtent leur Serment en présence du conseil, entre les mains d'un de ces rabbins subalternes; et le même usage s'est pratiqué dans la plupart des juridictions du ressort.

» Le suppliant ne dissimule pas que, par arrêt du 10 juin 1739, il a été ordonné que tous les Sermens de Juifs seraient reçus par le suppliant; mais en même temps il espère que le conseil permettra au suppliant de lui représenter que cet arrêt ne lui interdit pas la faculté de commettre d'autres juifs, sous l'autorité du conseil, de laquelle seule il entend tenir la grace de pouvoir subdéléguer un rabbin subalterne; il ose encore lui représenter que, si personne autre que le suppliant ne pouvait recevoir des affirmations de Juifs, il pourrait en résulter de très considérables inconvéniens, en ce que le suppliant, obligé de se porter en plusieurs endroits, pourrait ne pas trouver les juges prêts à recevoir les affirmations, la plupart étant domiciliés hors de leurs bailliages, et que, d'un autre côté, les frais grossissent extrêmement à la charge des parties condamnées, lorsque le suppliant est obligé d'aller à douze ou quinze lieues ou plus de sa demeure ordinaire.

» C'est pour faire cesser ces difficultés, que le suppliant a recours à la justice et à la bonté du conseil, pour le supplier d'autoriser, dans les justices de son ressort, un usage qui n'a rien de contraire au bon ordre, et qui est en pleine force à Metz et dans le ressort du parlement de cette ville; joint à cela que le suppliant se trouve dans un état d'infirmité qui ne lui permet pas de s'absenter toutes les fois qu'il serait de besoin, et que ses infirmités habituelles ne peuvent qu'augmenter avec l'âge».

Le même jour, arrêt qui prononce ainsi sur cette requête: «Le conseil, ayant aucunement » égard à la requête et y faisant droit, a ordon-» né et ordonne que, dans les cas où il écherra » de recevoir en justice des Sermens de Juifs du » district du suppliant, en exécution de sen-» tences ou autrement, lesdits Sermens seront » prêtés entre les mains du suppliant, et en » cas d'infirmités ou autres empêchemens légi-» times de sa part, entre celles des rabbins » des lieux qui seront par lui approuvés ».

Le Recueil des ordonnances d'Alsace, dans lequel nous avons puisé cet arrêt, tome 2, page 208, nous en fournit, à la page 328 du même volume, un autre qu'il retrace en ces termes:

« Par arrêt du 8 juin 1753, rendu sur la requête de Samuel Halberstatt, rabbin des juifs de la Basse-Alsace, demeurant à Haguenau, il a été autorisé, attendu ses infirmités et son grand âge, à commettre le nommé Moïse, son assistant rabbin, pour faire prêter les Sermens judiciaires imposés aux juifs de son district, en la manière accoutumée, et de faire les fonctions de rabbin en son lieu et place, en cas d'absence, maladie ou légitime empêchement.

» Sur la requête de Samuel-Morse Ensch, rabbin des juifs de la Haute-Alsace, le conseil souverain a pareillement rendu, le 12 juillet 1754, un arrêt conçu dans les mêmes termes que celui du 15 mai 1749 ».

La loi du 27 septembre-13 octobre 1791, qui admet les juifs à l'exercice de tous les droits civils et politiques, les assimile-t-elle, pour la forme de la prestation du Serment, aux autres citoyens français, et abroge-t-elle à cet égard les rites de leur culte?

Cette question s'est élevée devant le tribunal civil de Sarrebourg, entre le sieur Coblentz, juif, et un autre particulier de la même religion.

Le premier soutenait qu'il devait prêter, dans la forme commune à tous les Français, un Serment qui lui avait été déféré par le second.

Celui-ci soutenait au contraire que le sieur

Coblentz devait prêter ce Serment dans la forme judaïque.

Le 17 décembre 1807, jugement qui ordonne au sieur Coblentz de prêter, dans la forme judaïque, le Serment dont il s'agit. Appel.

Par arrêt du 15 juillet 1808,

« Considérant que le Serment est tout à la fois civil et religieux : civil, parceque la loi l'autorise ; religieux, parceque celui qui le prête, prend Dieu à témoin de la vérité de sa déclaration ;

» Que, si la différence des cultes en met dans les solennités qui doivent l'accompagner, pour lui donner le caractere d'un véritable Serment, les solennités, les formes sont de l'essence du Serment dans le culte qui les prescrit, et qu'elles doivent être respectées comme le culte lui-même, sans quoi il n'y aurait pas même de Serment; et que, loin de trouver dans la loi une disposition contraire, le principe est puisé dans la loi même qui protége également tous les cultes;

» Que l'appelant et l'intimé sont juifs tous deux, et tous deux soumis par conséquent aux formes religieuses établies dans le culte juif, qui n'admet le Serment, qui n'en connaît de valables, que ceux où un rabbin est appelé pour présenter, en présence du juge, aux juifs qui doivent jurer, la bible sur laquelle ils jurent ;

» Que cette forme, sans laquelle un juif ne se croit point engagé, connue dans tous les lieux habités par les juifs, a été observée de tout temps dans les tribunaux des ci-devant provinces de Lorraine et d'Alsace, où il y avait plus de juifs qu'ailleurs, et où l'on aurait même inutilement exigé d'eux d'affirmer à la forme simple des chrétiens ;

» Que le Serment se rapportant à Dieu, il est dans la raison, comme dans l'esprit de la loi qui l'autorise, que celui qui le prête, le fasse selon le mode que lui prescrit son culte, puisque c'est la seule garantie que l'on puisse avoir de la vérité de sa déclaration et de la justice de sa défense ;

» Que c'est en vain que l'appelant invoque sa qualité de citoyen français, qui ne lui est point contestée, non plus que ses droits politiques ; qu'un juif peut être citoyen français, et jouir de tous les avantages que ce titre procure sans avoir, pour cela, le privilége de tromper ses concitoyens, comme on peut le présumer de celui qui, chargé d'affirmer, veut prêter son affirmation dans une forme que sa religion ne regarde pas comme obligatoire, et qui n'aurait d'autre effet que de le dispenser de l'affirmation, laquelle ne serait qu'un jeu pour lui, après en avoir écarté la solennité d'usage, et la seule forme qui puisse lui donner aux yeux des juifs, la force d'un Serment : système contraire à une saine morale, et qu'il est impossible d'admettre dans l'administration de la justice ;

» La cour d'appel de Nancy dit qu'il a été bien jugé ».

La question s'est représentée depuis devant la cour d'appel de Turin, et y a reçu une décision toute différente.

Le 14 décembre 1808, arrêt par lequel cette cour ordonne au sieur Joseph Treves, de communiquer au sieur Jerro d'Ormea, l'acte du transport que lui a fait le sieur Lazare Treves d'une créance sur celui-ci, ainsi que deux lettres de change et un arrêté de compte formant les titres de cette créance, *sauf audit Treves d'affirmer par Serment devant la cour, qu'il ne retient point ces pièces, qu'il ne sait où les prendre, et qu'il ne s'en est point dessaisi par dol ou par fraude.*

En exécution de cet arrêt, le sieur Treves offre la communication de l'acte de transport dont il s'agit, et d'affirmer qu'il ne retient point les autres pièces.

Le sieur d'Ormea demande alors que Treves prête ce Serment selon le rite judaïque. Le sieur Treves soutient qu'il ne doit le prêter que dans la forme commune à tous les citoyens; et cependant il déclare qu'il est prêt à le faire suivant le rite judaïque, si la cour croit devoir l'ordonner ainsi,

Par arrêt du 22 février 1809, conforme aux conclusions de M. Tissier, procureur général,

« Considérant que, quoiqu'il soit incontestable que l'acte solennel par lequel l'homme prend Dieu à témoin de la vérité de son affirmation, est un acte purement religieux et tellement important, que toutes les nations civilisées l'ont regardé comme le supplément des lois civiles, il est néanmoins certain et conciliable avec la dignité de la chose, de dire qu'il ne faut guère confondre l'essence du Serment avec les formes dans lesquelles il peut être fait en justice, qui n'en sont que l'accessoire ; la première, sanctifiée par toutes les religions, est aussi indépendante que la conscience ; les secondes, plus sensiblement liées à l'ordre public, ont été, dans tous les temps, dans le domaine de la loi civile ; et c'est dans ce sens que doit être expliqué ce qu'en disent les auteurs en la matière, lorsqu'ils désignent le Serment sous le titre d'un acte civil et religieux ; que, si cette vérité avait besoin d'être prouvée, on pourrait recourir, à ces fins, à un argument frappant, tiré des anciennes constitutions du Piémont, où on verrait des formalités plus solennelles établies pour le cas où le Serment avait lieu pour un objet d'une

valeur excédant 400 livres, et des autres moins importantes pour les choses évaluées à des sommes moindres ; et enfin, on trouverait encore une infinité de cas où le Serment s'accomplissait par le seul attouchement des Écritures dans les mains de la personne chargée de le recevoir; et cependant on n'aurait point osé contester que cette variation de formes ne portait aucune atteinte à la validité du Serment, qui était indistinctement regardé, dans tous les cas, comme un appel fait à la conscience, de la manière que la loi du pays avait jugé convenable de déterminer ;

» Considérant que, quelle que soit la différence qui existe entre le culte de l'église catholique et celui de la synagogue, la loi civile étant uniforme pour tous, la différence d'opinions religieuses ne suffit plus pour rendre les hommes inégaux dans le temple de la justice, où le devoir exige de confondre tout ce qui, partout ailleurs, forme matière à distinction ; qu'ainsi, puisque, d'un côté, les magistrats emploient indistinctement des formes déterminées et invariables, en vidant les contestations qui leur sont soumises ; puisque les règles de la procédure n'admettent rien d'arbitraire en raison des personnes, il est conforme à l'ordre public, que, de l'autre, les actes quelconques et ceux surtout qui doivent, au vœu spécifique de la loi, être passés pardevant le juge, ainsi qu'il arrive du Serment, le soient d'une manière uniforme par tous ceux à qui il appartient d'en faire, de manière qu'on peut dire que l'uniformité dans les signes extérieurs, dirigés à faire comparaître la vérité en face des tribunaux, quelque liaison intime qu'ils aient avec le secret de l'ame, est aussi raisonnable et nécessaire que celle du langage et des costumes, dans les affaires civiles et dans les fonctions de la vie publique, où une tolérance libérale confond, pour ainsi dire, et par pure fiction légale, le catholique avec l'israélite, l'anabaptiste avec le musulman ;

» Considérant que, si l'on parcourt les recueils de la jurisprudence, interprètes les plus sûrs des lois et des usages, on y trouve une série de preuves de la maxime qu'on vient d'établir; et on y voit surtout que les tribunaux français, ceux même qui se sont trouvés moins éloignés qu'on ne l'est aujourd'hui, des temps où, par l'influence d'intérêts, de vues étrangères à la sainteté du Serment, on en était au point de le croire nécessaire dans presque toutes les transactions et dans toutes les instances judiciaires, ont pensé cependant que l'admission des individus professant une religion autre que la catholique, à jurer suivant leur rite spécial, était un privilége dont le juge pouvait bien, suivant les temps et les lieux et autres circonstances, accorder ou refuser l'exercice, mais qu'aucun droit positif ne pouvait autoriser la prétention de la faire adopter ou de l'exclure; et aussi on a vu tour à tour les parlemens accorder ou refuser ce privilége. Telle est la cause d'une espèce de contradiction qu'on remarque dans les arrêts, comme, par exemple, entre la notice donnée en cette matière par Denisart, au mot *Juif*, et l'arrêt rapporté au Répertoire universel au mot *Affirmation* S'il a donc été dans l'arbitrage du juge d'adopter ou non les formes appartenant à chaque rite, lorsque ces formes étaient reconnues par l'usage et par la loi, il doit être au moins plus régulier de n'en plus admettre aucune, depuis que la loi trace une forme unique et uniforme, sans en connaître de spéciale et de privilégiée ;

» Considérant que ce qu'on vient d'observer, ne saurait être affaibli par l'objection que la loi ne prescrit aucune forme sacramentelle à suivre dans la prestation du Serment; et qu'ainsi, le juge, pour plus ample garantie de l'acte, peut recourir à la solennité qu'il croit la plus imposante pour l'individu qui le passe, et exiger en conséquence que le Serment soit fait, ou sur le saint évangile, ou sur la bible, ou sur le koran, etc., etc., suivant la croyance de celui qui jure ; car, même sans contester la vérité de ladite proposition, on ne peut cependant, en l'état des choses, admettre une conséquence si évidemment erronée : en effet, il faut d'abord retenir que la loi n'a sanctionné expressément aucune forme, parceque l'usage général consacré par la jurisprudence, avait depuis long-temps introduit en France une manière seule de jurer pour tous les Français : elle consiste à affirmer, étant debout, la main droite nue et levée, et prenant Dieu à témoin, que telle chose est vraie : le motif principal d'un tel usage n'a pas besoin de développement : car, n'est-il pas évident que, par cette forme, l'homme qui jure, engage solennellement sa conscience et prend la Divinité à témoin de ce qu'il affirme, et en s'assujétissant à sa vengeance, si ce qu'il affirme est faux, quels que soient les rites de la religion qu'il professe, disent les publicistes, se réduit à une affirmation faite sur sa conscience, et à une imprécation contre le parjure ; ainsi, la forme, quoique variée par les sigures, est toujours la même pour le fond ; qu'il est, en second lieu, constant en fait, que cet usage a été formellement adopté et proclamé dans le Piémont, par l'art. 70 du réglement sur la forme de procéder, du 28 frimaire an 10, et ainsi antérieurement au nouveau Code, en

supprimant sous ce rapport les dispositions des anciennes constitutions; d'où il suit que, d'après les règles élémentaires du droit, il faut dire que la loi nouvelle ayant trouvé un usage constant et général, légitimement établi, et n'ayant rien statué en la matière, est censée l'avoir confirmé par une sanction tacite; et le juge qui le changerait arbitrairement, en rappelant aujourd'hui l'usage des formes antiques sur ce point, s'érigerait, pour ainsi dire, en législateur, en franchissant les bornes de la juste démarcation des attributions et des pouvoirs; au surplus, le fondement de cet usage uniforme, ainsi que la raison du silence de la loi à son égard, consistent essentiellement dans un principe inhérent dans la législation actuelle, qui est de toute sagesse, et qui sert de plus ample garantie contre toute prévention qui pourrait naître de l'influence étrangère des idées surnaturelles et des préjugés d'opinion; en effet, ce serait contrarier ouvertement l'esprit de la loi civile, que de forcer l'homme qui invoque l'appui de la justice humaine, à dévoiler au préalable quelle religion il professe, pour savoir sous quelle forme on doit enchaîner sa conscience, au nom de la Divinité, et quelles nuances son assertion doit avoir pour être censée véritable et obligatoire;

» Considérant que, ne pouvant être contesté, d'après l'usage constant de l'ancienne et de la nouvelle France, que tous les auteurs attestent, qu'une forme unique de Serment a été reçue indistinctement pour tous les Français, on ne pourrait non plus soutenir le contraire par un argument tiré du décret du 17 mars 1808, contenant des mesures qui paraissent établir ou conserver, aux yeux même de la loi civile, une distinction marquante, relativement aux individus professant la religion de Moïse. Car il doit suffire d'observer que, précisément parceque, dans les choses où la loi a plus exigé du juif que du chrétien, elle l'a exprimé, et encore par une mesure textuellement temporaire, en donnant à son silence le seul sens qui lui appartient, on doit dire qu'elle n'a rien voulu statuer sur la forme du Serment, puisqu'elle n'en a point parlé; une disposition législative exorbitante du droit commun, ne peut et ne doit recevoir en justice aucune extension au-delà des bornes que son texte présente;

» Considérant enfin que toute présomption que le refus du juif Treves de jurer suivant son rite, qui forme l'objet de sa conclusion principale, soit l'effet de la mauvaise foi ou du désir de faire fraude aux hommes d'une religion différente de la sienne, et aux vues de la justice, ne saurait plus être accueillie après que, par une conclusion subordonnée, il s'est dit prêt à le faire, si la cour le croit régulier et légal, ce qui ne peut pas être par les motifs qu'on vient d'exprimer;

» La cour, faisant droit, admet Joseph Treves à faire par-devant la cour, à la premiere audience après la signification du présent arrêt, partie présente ou dûment appelée, le Serment porté par l'arrêt précédent, du 14 décembre 1808 ».

Mais *V.* l'arrêt de la cour de cassation, du 12 juillet 1810, rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot Serment, §. 2.

III. L'autre culte que nous avons annoncé avoir des rites particuliers pour la forme du Serment, est celui des anabaptistes.

« Leur loi (dit M. le premier président de » Bourg, dans le *Recueil des ordonnances* » d'Alsace, tome 1, page 415) ne leur permet » que de répondre *oui*, sur la formule du Ser» ment qui leur est proposée par le juge; et » elle leur défend de lever la main, parcequ'ils » croiraient que ce serait provoquer le Seigneur » du haut des cieux : ce qui serait, selon eux, » une impiété plus propre à faire suspecter la » foi de celui d'entre eux qui s'en serait rendu » coupable, qu'à lui mériter croyance ».

Doit-on donc admettre les anabaptistes à prêter Serment par un simple *oui*?

La loi 5, §. 1, D. *de jurejurando*, semble ne laisser aucun doute sur l'affirmative : *Divus Pius*, dit-elle, *jurejurando quod propriâ superstitione juratum est, standum rescripsit;* ce qui, suivant Godefroy, sur ce texte, signifie que *juramentum cujuscumque sectæ et religionis sit, inter eos qui ità juraverint, ratum haberi oportere; et breviter propria superstitio jurantem, eo casu, vel obligat vel excusat.*

Mais le §. 3 de la même loi limite cette règle par une exception remarquable : il regarde comme nul le Serment qui a été prêté selon les rites d'une religion prohibée par les lois de l'Etat : *Sed si quis illicitum jusjurandum detulerit, scilicet improbatæ publicè religionis, videamus an pro eo habeatur atque si juratum non esset? Quod magis existimo dicendum.*

La question proposée doit donc se résoudre par une distinction entre les pays où la secte des anabaptistes est, soit reconnue, soit ouvertement tolérée par l'autorité publique, et ceux où elle est prohibée.

Dans les premiers, le *oui* d'un anabaptiste équivaut à un Serment. C'est ce qu'établit,

par rapport à la Hollande, Voët, sur le Digeste, titre *de jurejurando*, n° 2.

Mais il en est autrement dans les autres; et c'est ce qui a été décidé formellement pour l'Alsace, à une époque où le gouvernement y connivait plutôt à l'existence de anabaptistes, qu'il ne la tolérait. *V.* l'article *Religionnaires*, §. 8.

Aujourd'hui, la secte des anabaptistes est, en France, parfaitement libre et à l'abri de toute persécution. On ne pourrait donc pas aujourd'hui forcer un anabaptiste à prêter le serment en justice dans la forme ordinaire, et il en est de même des quakers. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Serment*, §. 1.

Du reste, même en supposant la secte des anabaptistes prohibée en France, une personne de cette secte qui, étant appelée en témoignage, se refuserait à la prestation du Serment ordinaire, ne pourrait plus être punie aussi sévèrement que l'a été Jacques Frey, par l'arrêt du 7 septembre 1769; dont il est parlé à l'endroit cité de l'article *Religionnaire;* elle serait seulement considérée comme défaillante, et punie comme telle. *V.* l'arrêt de la cour de cassation du 9 avril 1812, rapporté ci-devant, n° 1, les art. 263 et 264 du Code de procédure civile, et les art. 80 et 355 du Code d'instruction criminelle de 1808.

IV. Dans quelque forme que se prête un Serment, il est nul, si, au fond, il ne contient pas la promesse ou l'affirmation de tout ce que la loi oblige la personne qui le prête, de promettre ou d'affirmer.

Ainsi, un témoin qui, dans un procès de grand criminel, jurerait simplement, ou *de dire toute la vérité*, ou *de ne rien dire que la vérité*, ou *de dire la vérité, rien que la vérité*, ou *de parler sans haine et sans crainte*, ne prêterait pas valablement le Serment prescrit par l'art. 317 du Code d'instruction criminelle de 1808.

Le 25 février 1813, Joseph Petrioli et Louis Réali, accusés de banqueroute frauduleuse, sont mis en jugement devant la cour spéciale extraordinaire de Florence. Les témoins produits contre eux jurent, avant de déposer, *de dire la vérité, rien autre que la vérité, et de parler sans haine et sans crainte;* et d'après leurs dépositions, il intervient, le même jour, un arrêt qui condamne les accusés.

Mais ceux-ci se pourvoient en cassation; et par arrêt du 29 mai suivant, au rapport de M. Chasle,

« Vu l'art. 317 du Code d'instrution criminelle portant : *les témoins prêteront, à peine de nullité, le Serment de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité, rien que la vérité;*

» Attendu que la formule employée par la cour de Florence, n'est point celle que la loi a prescrite à peine de nullité; que les expressions *la vérité* ont beaucoup moins de force que celles-ci *toute la vérité;* qu'il peut arriver en effet que des témoins, par des motifs quelconques, tout en déposant de faits vrais en eux-mêmes, ne déclarent cependant pas tous les faits vrais qui sont à leur connaissance, et que, par cette réticence coupable, ils trompent la prévoyance de la loi, et la garantie qu'elle a voulu donner, soit à l'ordre social, dans l'administration de la justice, soit aux accusés; qu'ainsi, la cour de Florence a formellement contrevenu à l'art. 317 ci-dessus rappelé, par ces motifs;

» La cour casse et annulle....».

Le 2 juin 1813, Germain Gaudin et Marie Loiseau sont déclarés coupables par le Jury du département de l'Eure, d'après les dépositions de témoins qui n'ont prêté que le Serment *de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité;* et en conséquence, un arrêt de la cour d'assises, du même jour, les condamne à des peines afflictives.

Mais sur leur recours en cassation, arrêt du 8 juillet suivant, au rapport de M. Audier-Massillon, par lequel,

« Vu les art. 317, 372 et 408 du Code d'instruction criminelle;

» Attendu que du procès-verbal de la séance qui a été dressé en exécution de l'art. 372, pour constater que les formalités prescrites ont été observées, il résulte que les témoins tant à charge qu'à décharge, ont prêté Serment *de parler sans haine et sans crainte, et de dire toute la vérité;* mais qu'ils n'ont point prêté Serment *de ne rien dire que la vérité;* d'où il suit que la formalité du Serment n'a pas été remplie conformément à ce qui est prescrit, à peine de nullité, par l'art. 317 ci-dessus rapporté;

» La cour casse et annulle les dépositions des témoins, et par suite, les débats qui ont eu lieu, et l'arrêt de condamnation rendu par la cour d'assises du département de l'Eure, le 2 juin dernier ».

Le 28 mai 1813, François Tourtillier est déclaré coupable d'assassinat par le Jury, et condamné à mort par la cour d'assises du département de Saône et Loire, d'après les dépositions de témoins qui n'ont prêté que le Serment *de dire toute la vérité, rien que la vérité*, sans y ajouter celui de *parler sans haine et sans crainte.*

Il se pourvoit en cassation; et par arrêt du

1er juillet de la même année, au rapport de M. Lamarque,

« Vu l'art. 1317 du Code d'instruction criminelle et l'art. 372 du même Code;

» Attendu que tous les termes constituant la formule du Serment exigé par l'art. 317 du Code d'instruction criminelle ci-dessus transcrit, sont essentiels, et que de l'omission d'une partie de cette formule, résulte la nullité prononcée par la loi; que, dans l'espèce, le procès-verbal de la séance constate qu'avant de déposer, les témoins ont prêté Serment de dire toute la vérité, rien que la vérité, mais qu'on n'y voit ni explicitement ni implicitement énoncé qu'ils aient prêté le Serment *de parler sans haine et sans crainte*: qu'il suit de là que la prestation de Serment a été incomplète; et que, dès lors, il y a eu contravention à l'art. 317 du Code d'instruction criminelle, prescrit à peine de nullité;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle les débats, et par suite l'arrêt rendu le 28 mai dernier ».

Le 2 du même mois, autre arrêt, au rapport de M. Buschop, qui, dans les mêmes circonstances et par les mêmes motifs, casse un arrêt de la cour spéciale extraordinaire de Corse, du 14 mai de la même année, et les débats qui l'ont précédé.

Le 23 du même mois, autre arrêt, au rapport de M. Benvenutti, qui casse un arrêt rendu par la cour spéciale extraordinaire de Florence, le 4 juin précédent, dans un procès où les témoins n'avaient encore prêté que le Serment *de parler sans haine et sans crainte, de dire la vérité, rien que la vérité.*

Le 3 février 1814, arrêt semblable, au rapport de M. Vantoulon:

« Vu (porte-t-il) l'art. 317 du Code d'instruction criminelle et l'art. 372 du même Code;

» Attendu que la sollicitude du législateur ne s'est pas bornée à ordonner la stricte observation des formalités qu'il a prescrites pour la sûreté individuelle des citoyens, par le chap. 4 du Code, au titre *de l'examen* des procès criminels; qu'il a voulu s'assurer de cette observation, en prescrivant aux greffiers des cours, par l'art. 372, de dresser procès-verbal des séances, à l'effet de constater que ces formalités ont été observées; qu'il suit de là que ce procès-verbal doit énoncer distinctement tout ce qui est fait dans chaque séance, et conséquemment que tout ce qui n'y est point énoncé, doit être réputé, de droit, n'avoir pas eu lieu;

» Attendu que tous les termes constituant la formule du Serment exigé par l'art. 317 du Code précité, sont essentiels; et que de l'omission d'une partie de cette formule, résulte la nullité prononcée par la loi;

» Attendu que, dans l'espèce, le procès-verbal constate que douze témoins à charge, entendus dans la première séance, ont prêté le serment *de parler sans haine et sans crainte, de dire la vérité, rien que la vérité*;

» Attendu que cette formule n'est point celle que la loi a prescrite à peine de nullité; que les expressions *la vérité* ont beaucoup moins de force que celle-ci *toute la vérité*; qu'il peut arriver en effet que des témoins, par des motifs quelconques, tout en déposant de faits vrais en eux-mêmes, ne déclarent cependant pas tous les faits vrais qui sont à leur connaissance, et que, par cette réticence, ils trompent la prévoyance de la loi, et la garantie qu'elle a voulu donner, soit à l'ordre social dans l'administration de la justice, soit aux accusés;

» Qu'ainsi, dans l'espèce, il a été formellement contrevenu à l'art. 317 ci-dessus rappelé;

» D'après ces motifs, la cour casse et annulle l'arrêt de la cour d'assises du département du Pas-de-Calais, en date du 10 décembre dernier... ».

Par la même raison encore, il y aurait également nullité, si, en matière correctionnelle ou de police, les témoins, au lieu de prêter, comme le prescrivent les art. 155 et 189 du Code d'instruction criminelle, le Serment de *dire toute la vérité, rien que la vérité*, ne prêtaient que, ou celui de *ne dire que la vérité*, ou celui de *dire toute la vérité.*

Et il n'est, à cet égard, aucune distinction à faire entre les témoins entendus en première instance, et les témoins entendus en cause d'appel. Il n'importerait même qu'en cause d'appel, il ne fût question que d'intérêts civils: cette circonstance ne changeant pas la forme de l'instruction, ne changerait pas non plus celle du Serment à prêter par les témoins.

C'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de cassation, du 23 juillet 1813, en cassant, au rapport de M. Lamarque, un arrêt de la cour d'appel de Grenoble, qui, d'après les dépositions de quatre témoins entendus devant elle en cause d'appel, et qui n'avaient prêté que le Serment de *dire toute la vérité*, avait condamné Gaspard Chabond à des dommages-intérêts envers Pierre-Joseph Vincendon:

« Vu (porte cet arrêt) l'art. 155 du Code d'instruction criminelle;

» Vu aussi les art. 189 et 211;

» Attendu que de ces dispositions, il résulte que la formule du Serment que doivent prê-

ter les témoins devant les cours jugeant correctionnellement, et devant les tribunaux correctionnels jugeant sur appel, est la même que celle qui est prescrite pour les témoins entendus devant les tribunaux correctionnels jugeant en première instance, et devant les tribunaux de simple police;

» Que cette formule étant fixée par la loi, tous les termes qui la composent doivent être considérés comme essentiels; en sorte que, si une partie en est omise ou altérée, c'est comme s'il y avait eu omission absolue de la prestation du Serment;

» Attendu que, dans l'espèce, si la cour n'avait, à défaut d'appel du ministère public, à statuer que sur l'action civile, et sur les dommages-intérêts réclamés par Vincendon, elle n'en devait pas moins juger correctionnellement, et conséquemment procéder suivant la forme et l'instruction prescrites pour les tribunaux correctionnels;

» Que, quatre témoins entendus à l'audience, en prêtant le Serment de *dire toute la vérité* n'ont pas prêté celui de ne *dire rien que la vérité*; qu'ainsi, une partie essentielle de la forme du Serment a été omise; que, dès-lors, et par cela seul, il y a eu contravention aux art. 189 et 211 du Code d'instruction criminelle, et par suite, à la disposition de l'art. 155 du même Code relative au Serment, et prescrite à peine de nullité;

» Par ces motifs la cour casse et annulle...».

[[SERMENT CIVIQUE. On appelait ainsi, sous la constitution du 3 septembre 1791, le Serment que devaient prêter tous ceux qui, ayant les qualités requises pour exercer les droits de citoyen actif, voulaient être admis à l'exercice effectif de ces droits. *V.* les conclusions rapportées à l'article *Divorce*, sect. 4, §. 10.]]

[[SERMENT EN PLAIDS ou IN LITEM. C'est le serment qu'une partie, privée de sa chose par le dol ou la faute de son adversaire, est admise à prêter pour déterminer la valeur de cette chose, et la somme qui doit en conséquence lui être payée pour en tenir lieu.

I. C'est de ce Serment qu'il est question dans l'art. 369 du Code civil, rapporté au mot *Serment*, §. 2, art. 2, n° 3.

C'est aussi à ce Serment que se rapportent les lois placées dans le Digeste et dans le Code de Justinien, sous le titre de *in litem jurando*.

Nous en parlerons encore sous le mot *Vol*, sect. 3, §. 2.

II. Le Serment en plaids peut-il être déféré à un mineur sur un fait personnel à son père dont il est héritier?

Le sieur B.... avait déposé une somme d'argent entre les mains de François B...., son frère, ex-religieux; et il était mort sans l'avoir retirée, sans même en avoir pris une reconnaissance.

Poursuivi, après son décès, en restitution de ce dépôt, par le sieur B.... fils, mineur émancipé, François B.... répond qu'il ne sait ce qu'on lui veut dire. Cependant il lui échappe des aveux et des contradictions desquels résulte la preuve évidente de sa mauvaise foi.

En conséquence, arrêt de la cour d'appel de Dijon, du 25 frimaire an 11, qui déclare le fait du dépôt constant, et admet le mineur B.... au Serment en plaids sur la quotité de ce dépôt, jusqu'à la somme de 48,000 francs.

François B... se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et soutient 1° qu'en déférant le Serment à un héritier, sur le montant d'un dépôt prétendu fait par le défunt, il a violé la loi 42, D. *de regulis juris*; 2° qu'en déférant le Serment à un mineur, il a violé la loi 34, D. *de jurejurando*.

A ces deux moyens de cassation, M. Mailhe avocat du mineur B...., oppose les réflexions suivantes:

« 1° Que porte la loi 42, D. *de regulis juris*? Un héritier peut opposer qu'il ignore si ce qu'on lui demande en cette qualité, était dû par le défunt auquel il succède. Les fidéjusseurs peuvent aussi alléguer l'exception d'une juste cause d'ignorance. Mais un héritier ne peut opposer cette exception qu'en défendant, et non pas en demandant, car un demandeur doit être fixé sur ce qu'il demande, d'autant mieux qu'il dépend de lui de ne former son action qu'après avoir mûrement examiné si elle est bien fondée: *Qui in alterius locum succedunt, justam habent causam ignorantiæ, an id quod peteretur, deberetur. Fidejussores quoque non minùs quàm heredes, justam ignorantiam possunt allegare. Hæc ità de herede dicta sunt, si cùm eo ageretur, non etiam si agat: nam planè qui agit, certus esse debet, cùm sit in potestate ejus quandò velit experiri, et antè debet rem diligenter explorare, et tunc ad agendum procedere.*

» Le jurisconsulte Paul, dans ses *sentences* liv. 2, tit. 1, §. 4, dit, en raisonnant d'après le même principe: *Heredi ejus cùm quo contractum est, jusjurandum deferri non potest, quoniam contractum ignorare* POTEST: et François B.... nous oppose aussi cette *sentence*.

» Observons d'abord qu'on distingue en

droit trois espèces de Sermens : savoir, 1° le Serment volontaire ou conventionnel, dont les parties conviennent hors jugement ; 2° le Serment nécessaire qu'une partie défère ou réfère en jugement à l'autre, pour en faire dépendre la décision du procès, et qui, en conséquence, est appelé Serment décisoire ; 3° le Serment en plaids, *jusjurandum judiciale*, ou *jusjurandum in litem*, que le juge défère arbitrairement, et selon les circonstances, à l'une des parties, soit qu'elle le demande, ou qu'elle ne le demande pas. Ce dernier Serment a pour objet de fixer et déterminer la quotité de la condamnation que le juge doit prononcer en faveur de la partie à laquelle il le défère.

» Dans la loi 42, D. *de regulis juris*, et dans la *sentence* citée du jurisconsulte Paul, il est question du Serment décisoire.

» Et remarquons bien que, si la règle générale est que ce Serment ne puisse pas être déféré à l'héritier, ce n'est que dans le cas où il est défendeur, mais que cette règle cesse lorsqu'il est demandeur : *Hæc ità dicta sunt, si cùm eo ageretur, non etiam si agat.*

» Remarquons ensuite qu'il ne résulte point de la loi citée, que l'héritier, même en défendant, ne puisse pas prêter le Serment décisoire qui lui est déféré, mais que seulement il peut refuser de le prêter, en opposant une juste cause d'ignorance : de sorte que ce n'est là qu'une exception introduite en sa faveur, et à laquelle il peut renoncer, s'il le juge à propos.

» C'est ce qu'indique très-bien Cujas, en expliquant cette *sentence* de Paul : *Ut jurare*, dit-il, *defensor, procurator, curator* NON COGITUR, *quia rei veritatem* IGNORARE POTEST, *ità eâdem ratione heres de contractu defuncti jurare* NON COGITUR.

» Pothier (*Traité des obligations, n° 819*) professe le même principe : *On ne peut*, dit-il, *déférer le Serment que sur ce qui est du propre fait de la partie à qui on le défère ; une partie* N'EST POINT OBLIGÉE *de le rendre sur ce qui est du fait d'une autre personne de qui elle est héritière, ou aux droits de laquelle elle est : car je ne peux ignorer mon propre fait, au lieu que* JE NE SUIS PAS OBLIGÉ *de savoir ce qui est du fait d'un autre à qui j'ai succédé..... Une personne* (ajoute Pothier) *qui me demande le paiement du prix d'une chose qu'elle prétend avoir vendue au défunt dont je suis l'héritier ne peut donc pas me déférer le Serment sur le fait de savoir si la chose a été vendue, ou non, au défunt ; car ce n'est pas mon fait, c'est le fait du défunt* QUE JE NE SUIS POINT OBLIGÉ DE SAVOIR : *mais l'usage parmi nous est qu'en ce cas, on puisse me déférer le Serment sur le fait de savoir si j'ai connaissance que le défunt dût la somme demandée ; car, en ce cas, on ne me défère pas le Serment sur le fait de la vente, qui est le fait du défunt ; mais on me défère le Serment sur le fait de la connaissance qu'on prétend que j'ai de la dette, qui est mon propre fait.*

» Despeisses, titre *des preuves*, sect. 4, art. 2, n° 12, enseigne également, d'après la loi 42, D. *de regulis juris*, et la *sentence* du jurisconsulte Paul, que *l'héritier* N'EST PAS OBLIGÉ *de jurer du fait du défunt, parcequ'il a juste cause d'ignorance, et que nul n'est tenu de jurer que de ce qu'il sait.* Et l'annotateur de Despeisses ajoute que *l'héritier doit jurer s'il a connaissance, ou non, des faits.*

» Sans doute, l'héritier n'est pas obligé de jurer sur un fait du défunt, parcequ'il peut ignorer ce fait, et qu'il n'est pas obligé de le connaître.

» Mais s'il est en état de prêter le Serment sur ce fait même, et qu'il veuille le prêter, qui pourrait l'en empêcher? Où est la loi qui le lui défend?

» Et s'il peut prêter, sur le fait du défunt, le Serment décisoire qui lui est déféré par son adversaire ; si d'ailleurs il est tenu, à peine d'une condamnation certaine, de prêter ce Serment, quand il porte sur le point de savoir s'il a connaissance des faits du défunt, à combien plus forte raison ne faut il pas dire que le Serment en plaids peut lui être déféré par le juge, puisque ce Serment suppose, par sa nature et son objet, que le fait sur lequel l'héritier fonde sa demande, se trouve déjà justifié, et qu'il n'y a d'incertitude que sur la quotité de la condamnation qui doit être prononcée en sa faveur? Et quel nouveau degré de force ceci n'acquiert-il pas, lorsque cette incertitude ne provient, comme dans notre espèce, que du dol et de la fraude dont se trouve convaincu celui contre qui est dirigée la demande de l'héritier?

» 2° François B... nous oppose la loi 34, §. 2, D. *de jurejurando*, qui dit qu'on ne défère pas le Serment à un pupille : *Pupillo non defertur jusjurandum.*

» Mais autre chose est un pupille, et autre chose est un mineur pubère ou adulte et déjà émancipé.

» Tant s'en faut que la loi défende de déférer au mineur pubère le Serment en plaids, *in litem*, qu'au contraire la loi 3, D. *de in litem jurando*, après avoir dit que le pupille ne peut pas prêter ce Serment, s'il est impubère (*et quidem ipse pupillus, si impubes est, non potest*), ajoute expressément que l'adulte

peut le prêter, s'il le veut : *Adolescens verò, si velit, jurare potest.*

» Voët, sur les Pandectes de Justinien, liv. 12, tit. 3, *de in litem jurando*, s'exprime en ces termes : *Non tamen rectè defertur impuberi*, PUBERI OMNINÒ. « Et bien que le pu» pille, dit aussi Despeisses (au lieu déjà cité, » n° 18), ne puisse pas prêter ce Serment en » plaids, comme dit est, néanmoins l'*adulte* » *le peut faire, s'il le veut* »

Sur ces raisons, arrêt du 9 vendémaire an 14, au rapport de M. Bailly, par lequel,

« Considérant que les lois romaines dispensent bien l'héritier de faire Serment sur un fait personnel au défunt, mais ne lui défendent point de le prêter, s'il lui est déféré ; et que, loin de s'opposer à ce qu'un mineur émancipé soit admis à jurer *in litem*, la loi 4, D. *de in litem jurando*, autorise formellement à déférer le Serment *in litem*, à un adolescent, et veut que le juge puisse régler la somme jusqu'à concurrence de laquelle il sera fait.....;

» La cour rejette le pourvoi... ».

III. Lorsqu'une femme s'est remariée sans rendre compte de son administration à l'enfant de son premier mariage, le Serment *in litem* doit-il être déféré à celui-ci ?

« Un arrêt du parlement de Navarre, du 2 mars 1703, parties Jeanne Gassiot, autorisée de Pierre Mirail de Descar son second mari, et Jean Guicharnaud, tuteur de Jeanne Guicharnaud, fille du premier lit de ladite Jeanne Gassiot, a jugé que, quoique celle-ci n'eût pas fait créer un tuteur, ni rendu compte de son administration à sa fille, avant de se remarier, le Serment *in litem* ne devait pas être ordonné contre elle, conformément à l'arrêt du 18 septembre 1690, rapporté au *Journal du Palais*.

» On se contente d'assujétir les biens du second mari à la prestation du reliquat ». (*Recueil manuscrit de Dubosc*).]]

SERVICE. *V.* les articles *Domestique*, *Louage*, *Ouvrier* et *Salaire*.

[[SERVICE DIVIN (TENURE PAR). *V.* les conclusions qui sont rapportées aux mots *Franche-Aumône*, §. 2.]]

[[SERVICE FONCIER. Le Code civil emploie ces mots comme synonymes de *servitude*.

« On peut (dit-il, art. 543) avoir sur les » biens, ou un droit de propriété, ou un sim» ple droit de jouissance, ou seulement des » *Services fonciers*, à prétendre ».

Et plus bas, il place sous le titre des *servitudes* ou *Services fonciers*, toutes les dispositions relatives aux servitudes. *V.* l'article suivant.]]

*SERVITUDE. On entend par-là l'assujétissement d'un domaine à un autre domaine, ou à une personne, en vertu duquel le possesseur est obligé d'y souffrir certaines charges ou incommodités, au profit d'autrui, comme l'écoulement des eaux de la maison voisine, un passage, une vue, etc.

Bartole a défini autrement la Servitude, en la considérant relativement au fonds en faveur duquel elle est établie : c'est, dit-il, un droit inhérent à un héritage pour son utilité, et qui diminue le droit ou la liberté d'un autre héritage : *Servitus est jus quoddam prædio inhærens, ipsius utilitatem respiciens, et alterius prædii jus seu libertatem minuens.*

[[« Une Servitude (dit le Code civil, art. » 637) est une charge imposée sur un héri» tage pour l'usage et l'utilité d'un héritage » appartenant à un autre propriétaire ».]]

Pour traiter cette matière importante comme elle le mérite, on la distribuera dans l'ordre suivant :

1° De la nature des Servitudes ;

2° Des différentes espèces de Servitudes en général ;

3° Des Servitudes légales et contractuelles ;

4° Des Servitudes personnelles ou plutôt mixtes ;

5° Des Servitudes réelles ou prédiales ;

6° Des Servitudes affirmatives et négatives ;

7° Des Servitudes visibles et cachées ;

8° Des Servitudes continues, quasi-continues et discontinues ;

9° Des Servitudes urbaines et rustiques ;

10° Des personnes qui peuvent ou ne peuvent pas constituer des Servitudes ;

11° Des personnes qui peuvent acquérir des Servitudes ;

12° Des choses sur lesquelles on peut établir des Servitudes ;

13° Quelles Servitudes on peut établir ;

14° Des différentes manières dont les Servitudes peuvent s'établir en général ;

15° De l'établissement des Servitudes par des jugemens, et si les décrets sont des titres valables pour ces sortes de biens ;

16° De l'établissement des Servitudes par des actes entre-vifs ou par des testamens ;

17° De la destination du père de famille dans les coutumes de Paris, Orléans, Calais et Metz, où il faut qu'elle soit prouvée par écrit ;

18° De la destination du père de famille dans les autres coutumes ; ...

[[19° De la destination du père de famille, suivant le Code civil ;]]

20° Histoire de la jurisprudence romaine sur l'établissement des Servitudes par la prescription ;

21° Vrais principes du droit romain sur l'établissement des Servitudes par la prescription ;

22° Jurisprudence des pays de droit écrit sur l'établissement des Servitudes par prescription ;

23° De l'établissement des Servitudes par prescription dans les pays coutumiers en général ;

24° Des coutumes qui rejettent l'établissement des Servitudes par prescription ;

25° De l'établissement des Servitudes par prescription dans les coutumes qui l'admettent pour certaines sortes de Servitudes seulement ;

26° De l'établissement des Servitudes par prescription dans les coutumes qui l'admettent pour toutes sortes des Servitudes ;

27° De l'établisssement des Servitudes par prescription dans les coutumes muettes ;

[[28° De l'établissement des Servitudes par prescription, suivant le Code civil ;]]

29° Comment on doit user des Servitudes ;

30° De l'extinction des Servitudes en général ;

31° De l'extinction des Servitudes par les décrets ;

32° De l'extinction des Servitudes par la confusion ;

33° De l'extinction des Servitudes par la prescription ;

34° De l'aliénation et de la garantie des Servitudes et contre les Servitudes ;

35° Des actions et de la procédure relatives aux Servitudes.

§. I. *De la nature des Servitudes.*

I. Les Servitudes peuvent être considérées relativement à celui qui les doit, ou relativement à celui à qui elles sont dues.

La servitude, de la part de celui qui la doit, ne consiste qu'à *souffrir* que celui à qui elle est due, se serve de la chose conformément à l'objet de la Servitude, ou à s'abstenir de ce que celui à qui elle est due, a droit d'empêcher qu'il n'y fasse. De la part de celui à qui la Servitude est due, elle consiste dans le droit d'user de la chose d'autrui, ou d'empêcher celui à qui appartient une chose, d'y rien faire au préjudice de la Servitude dont elle est grevée.

De ce qu'on vient de dire de l'essence de la Servitude, considérée relativement à celui qui la doit, il suit nécessairement qu'il n'y a aucune Servitude qui puisse obliger le propriétaire du fonds servant, à y faire quelque chose.

La raison n'en est point, comme le disent beaucoup de jurisconsultes et le Code Frédéric même, part. II, liv. 4, tit. 2, §. 1, que *le but de toutes les Servitudes est de procurer un avantage réel à celui qui a le droit de Servitude et à son héritage ; ce qui n'arrive pas en promettant de faire quelque chose dans son propre fonds ;* car il y a bien des choses qu'on peut faire dans son fonds et qui procurent un avantage incontestable au fonds voisin, sans être des Servitudes. Tels sont les ouvrages que le propriétaire du fonds supérieur peut faire pour retenir des eaux, ou pour les détourner d'un autre côté, etc.

La véritable raison est que la Servitude, dans la personne qui la doit, ne consiste qu'à souffrir telle ou telle chose, ou à s'abtenir de telle ou telle autre dans son domaine, conformément à la loi 15, D. *de Servitutibus.*

Il ne faut pas croire, avec le plus grand nombre des interprètes du droit, que la Servitude *oneris ferendi* ait été une exception à cette règle. Il était bien d'usage de stipuler dans cette Servitude, que le voisin serait obligé de reconstruire et d'entretenir le mur ou le pillier qui soutenait quelque partie du bâtiment voisin ; mais c'était là l'effet, non pas du droit de Servitude en lui-même, mais d'une stipulation particulière, ajoutée au droit de Servitude. Encore Aquilius Gallus, l'un des plus célèbres jurisconsultes romains, prétendait-il que cette stipulation était contraire à la nature des Servitudes. Les autres jurisconsultes se contentaient de dire que le voisin pouvait se libérer de cette obligation, en abandonnant le fonds sur lequel le mur ou la colonne qui portait l'édifice voisin, était situé ; et dans tous les cas, le propriétaire du fonds dominant n'en pouvait pas demander le rétablissement par l'action reelle *confessoria Servitutis*, mais seulement en vertu de l'équité, *implorationeofficii judicis.*

II. Il est de l'essence de la Servitude qu'elle ait pour objet le fonds d'autrui : on ne peut pas dire, par exemple, que le droit de passage, de vue, etc., sur son propre fonds, soit une Servitude, parceque ce droit est confondu dans la pleine propriété que chacun a de son domaine.

Ce principe sert encore à résoudre une autre question très-controversée du droit ro-

main, savoir, s'il est vrai que les Servitudes ne sont pas au nombre de nos biens, et néanmoins qu'elles ne sont pas hors de ces mêmes biens : *Servitutes nec in bonis, nec extrà bona esse.* Les Servitudes sont incontestablement au nombre de nos biens, lorsqu'elles sont établies en notre faveur sur le fonds d'autrui. Mais celles que nous pouvons établir en faveur d'autrui sur notre propre fonds, ne font pas un objet qu'on puisse compter séparément parmi nos biens, quoiqu'elles en dérivent. C'est là tout ce que Paul a voulu dire dans la fameuse loi 1, D. *de usu, usufructu et reditu legato*, qui a tant fourni de matiere aux commentateurs. On peut consulter là-dessus Davezan, part. 6, chap. 2; et Supérior dans la préface de son ouvrage, nos 4 et 5.

III. On dit communément que toutes les Servitudes sont *dividues*, à l'exception de l'usufruit. Mais quoique cette règle soit assez généralement vraie, les raisons qu'en donnent bien des auteurs, ne sont guere satisfaisantes. Cæpolla dit, par exemple, au chap. 10, d'après beaucoup d'autres docteurs, que toutes les autres Servitudes, tant reelles que personnelles, se mesurent sur les besoins de la personne ou de l'héritage à qui elles sont dues, et que ces besoins ne sont pas susceptibles de division; tandis que chaque portion de l'usufruit, prise séparément, apporte une utilité relative à la proportion qu'elle a avec le tout.

D'abord il n'est pas toujours vrai que les autres Servitudes se mesurent sur les besoins de la personne ou de l'héritage à qui elles sont dues. Il est fort possible que j'établisse sur une maison un droit d'acqueduc, de puisage, etc., qui soit déterminé à une certaine quantité et qui excede les besoins de ma maison, ou qui ne suffise pas, en sorte que je sois obligé de me pourvoir d'un autre coté pour obtenir ce qui me manque.

Cette différence dérive donc de la nature même des Servitudes, qui est telle qu'on ne peut presque jamais les diviser. Mais toutes les fois que l'objet de la Servitude peut être divisé, la règle n'a plus lieu. Le droit de puisage, par exemple, qui appartient à une maison pour cinquante seaux par jour, peut fort bien être divisé, si la maison elle-même est divisible; et rien n'empêchera que, si cette maison est partagée en deux, chacune de ces deux maisons n'ait un droit égal ou inégal dans ce puisage, selon les conventions de l'acte de partage.

De même encore, lorsque je suis grevé de la Servitude de ne pas élever mon mur de clôture de plus de six pieds de haut pour ne pas nuire à vos vues, rien n'empêche que je ne me libere de cette Servitude pour partie seulement, et par conséquent qu'elle ne puisse être considérée comme divisible. C'est sur ce fondement qu'un arrêt du parlement de Besançon, rapporté par Dunod, au chap. 6, part. 3, de son *Traité des prescriptions*, a jugé qu'on pouvait prescrire contre une Servitude semblable pour une partie seulement.

Il serait facile de multiplier ces exceptions.

IV. La Servitude diffère de l'*obligation*, en ce qu'elle donne à celui à qui elle appartient, un droit réel dans l'héritage d'autrui, tandis que l'obligation ne donne un droit que contre la personne obligée. Cæpolla, au chap. 3, nos 8 et suivans, et plusieurs auteurs ont établi cette différence d'une autre manière; mais quoique quelques-uns des textes de droit qu'ils allèguent, disent assez ce qu'ils leur font dire, la raison qui doit prévaloir dans des matières de cette nature, doit faire rejeter les vaines subtilités qu'on peut faire résulter de quelques lois romaines.

Il y a plus de rapport entre les Servitudes et les devoirs seigneuriaux. Les devoirs seigneuriaux, tels que les redevances annuelles, les corvées même, consistent, de la part de celui qui les doit, à donner ou à faire quelque chose. Les Servitudes, au contraire, ne consistent qu'à souffrir quelque chose ou à s'abstenir de quelque chose. Cependant, comme les fonds sont ici assujétis à un autre fonds, on donne aussi quelquefois le nom de *Servitudes* à ces dêvoirs; mais il n'en résulte pas moins que la nature des uns et des autres est fort différente. C'est là tout ce qui peut résulter des dissertations d'Ephraïm Gérard et de Gerhard Gotlieb Titius, *de Servitute faciendâ* et *de Servitutibus in faciendo consistentibus.*

V. [[« La Servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre ». Ce sont les termes du Code civil, art. 638.]]

§. II. *Des différentes espèces de Servitudes en général.*

On doit considérer principalement dans les Servitudes, leur fondement, la propriété du droit qui en résulte, leur objet, la durée de leur effet, leur apparence extérieure, et la nature du fonds pour lequel elles sont établies. Ces divers rapports indiquent six divisions principales des Servitudes.

1° *Quant à leur fondement*, les Servitudes peuvent être établies par le seul droit tant naturel que civil, ou seulement par des conventions ou autres actes du fait des particuliers.

Dans le premier cas, elles sont *légales* et assez souvent nécessaires; dans le second, elles sont accidentelles, et on les nomme *contractuelles*, parcequ'elles sont le plus communément établies par des conventions.

[[« Elle (la Servitude) dérive ou de la si-» tuation naturelle des lieux, ou des obliga-» tions imposées par la loi, ou des conventions » entre les propriétaires ». Ce sont les termes des dispositions du Code civil, art. 639.]]

2° *Quant à la propriété du droit qui en résulte*, les Servitudes peuvent avoir été établies en faveur de quelqu'un seulement, ou en faveur d'un domaine même, quel qu'en soit le possesseur. Considérées sous ce point de vue, elles sont ou *personnelles* ou *réelles*. Quelques auteurs, et ce sont les plus exacts, les appellent *mixtes* dans le premier cas, pour les distinguer de la Servitude qui est due aux personnes par les personnes même.

3° *Quant à leur objet*, on distingue les Servitudes en *affirmatives* et en *négatives*. Les Servitudes affirmatives sont celles en vertu desquelles le propriétaire d'un fonds est tenu d'y souffrir certaines choses. Les Servitudes négatives sont celles qui obligent seulement le propriétaire de l'héritage servant à n'y point faire quelque chose.

4° *Quant à leur apparence extérieure*, il y a des Servitudes qu'on aperçoit dès que l'on considère un héritage avec quelqu'attention; ce sont des Servitudes *visibles* : il y en a qui n'ont aucun caractère d'apparence à l'extérieur; ce sont les Servitudes *cachées*.

[[L'art. 689 du Code civil rend la même idée en d'autres termes : « Les Servitudes sont » apparentes ou non apparentes. Les Servitu-» des apparentes sont celles qui s'annoncent » par des ouvrages extérieurs; tels qu'une » porte, une fenêtre, un aqueduc. Les Servi-» tudes non apparentes sont celles qui n'ont » point de signe extérieur de leur existence, » comme, par exemple, la prohibition de bâ-» tir sur un fonds, ou de ne bâtir qu'à une hau-» teur déterminée ».]]

5° *Quant à la durée de leur effet*, il y a des Servitudes dont l'effet agit perpétuellement sur l'héritage servant : on les appelle *continues*. D'autres n'ont d'effet que par intervalles; ce sont les *discontinues*. Il y en a d'autres enfin qu'on nomme *quasi-continues*, parceque l'ouvrage qu'on a fait pour les établir, peut subsister pendant plus ou moins de temps, quoique leur effet soit interrompu.

[[L'art. 688 du Code civil porte que « les » Servitudes sont ou continues ou discontinues. Les Servitudes continues sont celles » dont l'usage est ou peut être continuel, sans » avoir besoin du fait actuel de l'homme : tels » sont les conduits d'eau, les égoûts, les vues » et autres de cette espèce. Les Servitudes dis-» continues sont celles qui ont besoin du fait » actuel de l'homme pour être exercées : tels » sont les droits de passage, puisage, pâçage » et autres semblables ».

V. ci-après, §. 35, n° 2.

6° *Quant à la nature du domaine pour lequel elles sont établies*, il y a des domaines qui sont principalement destinés à l'habitation, et qui tiennent par conséquent plus de la nature des domaines de ville que de celle des domaines de campagne. Les Servitudes qui y sont attachées, sont, par cette raison appelées *urbaines*. Lors, au contraire, que le fonds auquel elles sont dues, est principalement destiné à l'exploitation qui est l'objet ordinaire des biens de campagne, ces Servitudes sont appelées *rustiques*.

[[« Les Servitudes (dit le Code civil, art. 687) sont établies, ou pour l'usage des bâtimens, ou pour celui des fonds de terre.

» Celles de la première espèce s'appellent *urbaines*, soit que les bâtimens auxquels elles sont dues, soient situés à la ville ou à la campagne.

» Celles de la seconde espèce se nomment *rurales* ».]]

Une foule de décisions qu'on trouve dans les lois et dans les auteurs, sont fondées sur ces distinctions. Il est donc convenable de parler plus en détail de chacune de ces espèces de Servitudes en particulier.

On ne dira rien de quelques autres espèces de Servitudes, telles que les Servitudes testamentaires et celles de tolérance. Les premières, dont Accurse a voulu faire un genre distinct de Servitudes personnelles, reelles et mixtes, rentrent nécessairement dans ces trois classes. Les secondes ne sont qu'improprement des Servitudes, et ne peuvent pas être l'objet des lois.

§. III. *Des Servitudes légales et contractuelles.*

I. Comme les Servitudes légales dérivent toutes des rapports que la nécessité des choses ou le droit naturel, et l'utilité publique ou le droit politique, ont établis entre voisins, on en traitera particulièrement sous le mot *Voisinage*. Il suffira d'en donner ici une idée très-succincte.

La nature même a assujetti les fonds voisins à de certaines Servitudes les uns envers

les autres. Ainsi, les lieux inférieurs sont assujétis aux lieux supérieurs, dont ils sont obligés de recevoir les eaux et les autres inconvéniens qui peuvent résulter de leur situation. Il n'est pas besoin, pour justifier cette règle, de dire, comme la loi 1. §. 23, D. *de aquâ et aquæ pluviæ arcendæ*, que le propriétaire de la partie inférieure est dédommagé par le limon et l'engrais que les eaux y entraînent : outre que cela n'est pas toujours vrai, il suffit, pour que le voisin n'ait pas sujet de se plaindre, que ce dommage résulte de la position respective des deux domaines, tels que la nature les a produits, et non pas du fait du propriétaire du lieu supérieur.

Indépendamment de ces Servitudes que la nature a établies, il en est qui subsistent aussi de plein droit, mais qui ne sont introduites que par les lois civiles, et qui varient suivant la diversité des statuts par lesquels sont régis les différens lieux. On doit mettre dans cette classe les réglemens qui restreignent les vues entre voisins à une certaine hauteur, ou à une certaine direction.

[[On a vu dans le §. précédent, que l'art. 639 du Code civil distingue les Servitudes qui dérivent de la situation des lieux, d'avec les Servitudes imposées par la loi.

On trouvera sous le mot *Voisinage*, §. 4, les dispositions de ce Code qui sont relatives aux premières.

Quant aux secondes, voici ce qu'il porte :

« Art. 646. Les Servitudes établies par la loi, ont pour objet l'utilité publique ou communale, ou l'utilité des particuliers.

» 650. Celles établies pour l'utilité publique ou communale, ont pour objet le marchepied le long des rivières navigables ou flottables, la construction ou réparation des chemins ou autres ouvrages publics et communaux. Tout ce qui concerne cette espèce de Servitude est déterminé par des lois ou des réglemens particuliers.

» 651. La loi assujétit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention.

» 652. Partie de ces obligations est réglée par les lois sur la police rurale; les autres sont relatives au mur et au fossé mitoyens, au cas où il y a lieu à contre-mur, aux vues sur la propriété du voisin, à l'égout des toits, au droit de passage ».

Les Servitudes établies par la loi pour l'utilité des particuliers, feront la matière du §. 4 de l'article *Voisinage*.]]

II. Les Servitudes contractuelles, qui sont proprement l'objet de cet article, sont en très-grand nombre. On peut même en imaginer à l'infini ; telles sont les Servitudes de chemin ou de passage, de puisage, de prise d'eau ou d'aqueduc, d'égoût et de vue, hors des cas autorisés par les coutumes, etc.

Il ne faut pas prendre ce terme de *contractuelles* à la rigueur, comme si les Servitudes auxquelles on donne ce nom, tiraient nécessairement leur origine d'une convention. On peut aussi en établir par jugement, par testament, par prescription, dans un grand nombre de pays, et par la simple destination de père de famille, dans les pays qui rejettent l'acquisition des Servitudes par prescription. Mais on les appelle *contractuelles*, parceque toutes ces Servitudes s'établissent plus communément par convention.

§. IV. *Des Servitudes personnelles ou plutôt mixtes.*

I. Les lois romaines définissent fort bien les Servitudes personnelles, celles où un fonds est assujéti à une personne, *quandò prædium servit personæ*.

Des auteurs modernes ont donné un nom plus convenable à ces sortes de Servitudes, pour les distinguer de l'esclavage proprement dit, et de toutes celles qui assujétissent une personne à une autre : ils les appellent Servitudes *mixtes*. Ces jurisconsultes ont eu raison, quoiqu'en dise Ancharanus, de critiquer à cet égard la division que fait la loi 1, D. *de Servitutibus*, des Servitudes en personnelles et en reelles. Il est clair effectivement que la Servitude d'un héritage envers une personne, tient le milieu entre les Servitudes purement personnelles, qui ont lieu de personne à personne, et les Servitudes tout-à-fait réelles, qui ont lieu de domaine à domaine.

Les jurisconsultes romains n'ont reconnu que trois sortes de Servitudes personnelles ou mixtes : savoir, l'usufruit, l'usage et l'habitation. On traitera de ces trois objets dans des articles séparés ; on se contentera donc ici de quelques observations sur la nature de ces sortes de droits.

II L'usufruit, qui est le plus étendu des trois, comprend les deux autres ; et l'usage, quoique moins étendu que l'usufruit, comprend aussi l'habitation, lorsque le fonds qui y est sujet, contient des bâtimens destinés à cet objet.

L'usufruit est le droit de se servir du bien d'autrui de telle manière qu'on le juge à propos, pourvu qu'on le conserve dans son

intégrité et sans détérioration, au propriétaire. L'usage est le droit de prendre sur les fruits qui y sont affectés, ce que l'usager peut en consommer pour ses besoins, ou ce qui lui en est accordé par son titre. Enfin, l'habitation est le simple droit d'habiter dans une maison.

L'usage est donc distingué de l'usufruit, en ce que le droit de l'usager sur les fruits du fonds qui y est sujet, est borné à la portion qu'exigent ses besoins ou que le titre lui accorde, tandis que l'usufruit comprend tous les fruits sans exception, en prenant ce mot *fruit* dans sa plus grande étendue, et qu'il n'a d'autres bornes que la nécessité de conserver le fonds au propriétaire dans son intégrité.

L'habitation est absolument restreinte aux lieux qui y sont destinés; ainsi, celui qui a ce droit, ne peut rien prétendre sur les fruits des fonds qui dépendent de la maison où il a ce droit; et dans cette maison même, il ne doit jouir que de la partie dont il a besoin pour sa demeure, suivant son état.

Il faut néanmoins avouer qu'il y a, à cet égard, une grande confusion dans le droit romain. Si plusieurs lois paraissent restreindre ce mot d'*habitation* au sens qu'on vient de lui donner, et qui est le plus conforme à la raison, d'autres semblent admettre que le droit d'habitation emporte la jouissance de la totalité de la maison.

Justinien a même décidé, dans le §. pénultième, Inst. *de usu et habitatione*, et dans la loi 12, C. *de usufructu et habitatione*, que celui qui a le droit d'habitation d'une maison, peut la louer, comme pourrait le faire un usufruitier. Mais, quoique Justinien ait mis cette décision sous le nom du jurisconsulte Marcellus, on peut soupçonner, avec Dandini, *epist.* 8, n° 8, que Tribonien a abusé du nom de ce jurisconsulte, pour renverser les principes les plus exacts de l'ancien droit.

Quoi qu'il en soit, le plus sûr est, pour fixer le droit d'habitation comme le droit d'usage, de se régler moins sur le sens général de ces mots que sur les termes du titre, d'après lesquels on peut juger de l'intention de celui qui a concédé ces droits. Mais, lorsque rien n'indique cette intention, on doit adopter sans difficulté les bornes qu'on vient de donner à l'un et à l'autre de ces droits.

Il faut remarquer encore que l'usage, qui était mis au nombre des Servitudes personnelles par les Romains, est très-souvent une Servitude réelle parmi nous, quand il a pour objet le droit de pâcage, et de chauffage, ou toute autre espèce d'usage dans les bois et dans les champs incultes. La propriété de cette Servitude est, pour l'ordinaire, attachée à certains domaines, ou même à des villages entiers où il suffit de demeurer pour y avoir droit.

III. Plusieurs jurisconsultes modernes ont prétendu, d'après les lois qui établissaient la différence du legs de l'usufruit des esclaves et celui de leur travail, que le travail des esclaves (*operæ servorum*) formait une quatrième espèce de Servitude personnelle. La raison qu'ils en donnent, c'est qu'on ne peut pas mettre ce travail au nombre des Servitudes réelles, puisqu'il est de la nature de cette espèce de Servitude de durer toujours. Ils concluent de là que c'est une Servitude personnelle.

Heineccius lui-même est tombé dans cette erreur, au §. 422 et suivans de ses Élemens de droit civil, quoiqu'il eût dit au §. 414, que les Servitudes personnelles sont celles où les fonds sont assujétis à la personne, *quandò prædium servit personæ*.

Les rédacteurs du Code Frédéric ont aussi commis cette faute, quoiqu'ils eussent défini de même les Servitudes personnelles.

Il est bien clair néanmoins qu'un esclave n'est pas un fonds, et que ni le travail, ni l'usufruit de cet esclave, ni même l'usufruit de quelque mobilier que ce soit, ne peut former une Servitude personnelle, dans le sens que les lois romaines donnent à ce mot.

IV. On pourrait ranger à plus juste titre dans la classe des Servitudes personnelles, toutes les espèces de Servitudes réelles, lorsqu'au lieu d'être dues au fonds dominant, elles sont simplement dues à telles ou telles personnes. Plusieurs jurisconsultes disent, à la vérité, que ce ne sont pas là des Servitudes, mais de simples obligations personnelles; et ils entrent dans de grands détails, pour distinguer ce qui est Servitude, ou obligation de Servitude (1).

Mais ces distinctions sont fondées sur des subtilités qui ne peuvent avoir d'importance que pour connaître parfaitement le droit romain, et qui sont absolument étrangères à nos mœurs. Il faudrait dire aussi, dans ce système, que l'usufruit, l'usage et l'habitation sont des obligations, et non des servitudes personnelles.

Cujas lui-même, dans son commentaire sur différentes lois, et Davezan, dans le chap. 14 de la troisième partie de son traité, pa-

(1) On peut consulter à cet égard le Traité de Cæpolla, chap. 2 et 8.

raissent, au surplus, ranger ces sortes de droits au nombre des Servitudes personnelles. Il faut avouer néanmoins qu'ils paraissent avoir varié sur cette question.

On se gardera bien, à plus forte raison, de proposer ici les règles nombreuses que Cæpolla et les autres auteurs qui ont suivi le droit romain, ont imaginées pour distinguer les conventions qui établissent une Servitude réelle, d'avec celles qui donnent seulement un droit personnel à l'un des contractans. Plusieurs de ces règles ne sont point exactes; d'autres ne sont d'aucune utilité dans l'usage, parcequ'elles ne peuvent pas prévoir tous les cas. Le principe qui doit servir à décider ces questions, est de rechercher dans l'intention des parties, si le titre de concession paraît avoir pour objet la personne seule, ou le fonds voisin. Dans le doute, on doit se décider en faveur de la liberté, suivant les règles générales qu'on suit pour l'interprétation des conventions.

[[V. Pour prévenir toute équivoque, le Code civil ne donne le nom de *Servitudes* même *personnelles* ou *mixtes*, ni à l'usufruit, ni à l'usage, ni à l'habitation. *V.* l'article *Service foncier*.

Du reste, en permettant, art. 686, « aux » propriétaires d'établir sur leurs propriétés » ou en faveur de leurs propriétés, telles Ser» vitudes que bon leur semble », il y met cette restriction : « pourvu néanmoins que les ser» vices établis ne soient imposés, ni à la per» sonne, ni en faveur de la personne; mais » seulement à un fonds et pour un fonds, et » pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien » de contraire à l'ordre public ».]]

§. V. *Des Servitudes réelles ou prédiales.*

I. Les Servitudes réelles, qu'on appelle aussi proprement *Servitudes prédiales*, sont celles qui sont dues par un fonds à un autre fonds.

Il n'est point toujours vrai, comme le dit Cæpolla, chap. 12, n° 3, que ces sortes de Servitudes se réglent sur les besoins de la chose à laquelle elles sont dues, ou de l'héritage dominant. Cela n'a lieu que pour certaines Servitudes qui ont pour objet l'utilité du fonds dominant, telles que celles d'aqueduc, de puisage, d'égoût; encore faut-il pour cela, que le titre constitutif de la Servitude ne la renferme pas dans de certaines limites. Mais beaucoup d'autres Servitudes, telles que celles de passage, de vue, etc., se règlent moins sur les besoins réels que sur les désirs des propriétaires du fonds dominant, lorsque les lois ou le titre qui établissent la Servitude, n'y donnent point de bornes.

[[L'art. 686 du Code civil porte que « l'u» sage et l'étendue des Servitudes se règlent » par le titre qui les constitue, et, à défaut de » titre, par les règles ci-après ».]]

Il y a deux espèces de Servitudes réelles : les unes ont lieu sur le sol, les autres sur la superficie. C'est ce que dit Paul dans la loi 3, D. *de Servitutibus*.

Supérior, dans son commentaire sur cette loi, et plusieurs interprètes du droit romain, prétendent que les Servitudes urbaines étant relatives à des édifices, sont nécessairement *superficielles;* et que les Servitudes rustiques, au contraire, ayant pour objet les fonds même, consistent dans le sol; d'où ils ont conclu que cette distinction des Servitudes de sol et de surface, était équivalente à celle des Servitudes urbaines et rustiques. Ils ont, en conséquence, fort agité la question de savoir si c'était une Servitude réelle qu'on stipulait pour une vigne, pour un jardin, etc., parceque la vigne et le jardin ne méritaient ce nom qu'à cause de la manière dont la surface en était cultivée, et pouvaient être changés en une autre nature de fonds d'un jour à l'autre.

Ce ne sont là encore que de vaines subtilités. Il n'est point vrai que toutes les Servitudes urbaines soient *superficielles*, quoiqu'elles soient toutes relatives à des édifices, comme on le verra dans la section neuvième. Celle de cloaque ou d'égoût, affècte très-certainement le sol; et il y a quelques Servitudes de campagne, au contraire, qui affectent uniquement la superficie.

Il vaut donc mieux dire, comme le nom l'indique assez, que les Servitudes *superficielles* sont celles qui n'ont rapport qu'à la surface, et qui peuvent être imposées uniquement par celui qui a droit à la superficie; et que les Servitudes du sol sont celles qui affectent le fonds même, et qui ne peuvent être imposées que par le possesseur du fonds, lorsque le sol et la superficie ne sont pas dans la même main.

Je dis le *possesseur*, et non pas le propriétaire du fonds, afin d'éviter une erreur de Bartole et de beaucoup d'interprètes du droit romain. Ces auteurs enseignent qu'il n'y a que le propriétaire du fonds qui puisse y imposer une Servitude : en sorte que l'emphytéote ne peut, suivant eux, y en établir que de *superficielles*. Il est clair que l'emphytéote peut établir sur le fonds même telle Servitude qu'il juge à propos, pourvu qu'il ne le détériore pas, et sous la condition qu'elles ne pourront avoir

lieu que durant sa jouissance. Mais cette condition n'est pas moins nécessaire dans les concessions même que l'emphytéote pourrait faire sur la superficie.

Il faut néanmoins remarquer que ces sortes de Servitudes imposées par l'emphytéote ou le *superficiaire*, ne valaient pas de plein droit dans le droit romain, mais qu'elles étaient seulement autorisées par la jurisprudence prétorienne.

C'est encore une question de savoir si les Servitudes *superficielles* tirent leur nom de l'héritage dominant ou de l'héritage servant. Davezan, après avoir discuté les raisons qu'on apporte pour ces deux opinions, pense qu'elles sont également justes, mais en considérant les choses sous différens rapports. Quoique cela soit véritable, il paraît néanmoins plus conforme à l'esprit des lois, d'entendre par Servitudes de superficie, celles qui n'affectent que la surface de l'héritage servant.

Il est vrai que, dans bien des cas, les Servitudes tirent leur dénomination de la chose à laquelle elles sont dues, plutôt que de celle qui les doit. Mais, comme il n'y a presque jamais de difficulté pour savoir si le propriétaire d'un fonds ou d'une superficie, a pu stipuler pour l'un ou pour l'autre un droit de Servitude, et qu'il peut y en avoir beaucoup, au contraire, à savoir jusqu'à quel point le propriétaire ou le possesseur d'un fonds ou d'une superficie a pu les grever de Servitude, il s'ensuit qu'on doit entendre principalement par Servitudes de superficie, celles qui sont dues par la surface. Tel paraît être au surplus le sens de la loi qu'on vient de citer; en disant que les Servitudes réelles *consistent dans le sol ou dans la surface*, elle paraît considérer l'héritage servant plutôt que l'héritage dominant.

§. VI. *Des Servitudes affirmatives et négatives.*

Toutes les Servitudes, sont, à proprement parler, négatives, en les considérant relativement au fonds qui les doit, puisqu'elles n'obligent jamais le propriétaire à y rien faire. Mais on donne plus particulièrement ce nom, comme on l'a vu, à celles qui empêchent le propriétaire du fonds servant d'y faire certaines choses. Les Servitudes affirmatives, au contraire, l'obligent à souffrir qu'un autre y fasse quelque chose.

Toutes les Servitudes personnelles ou mixtes sont des Servitudes affirmatives. Il en est de même de la plupart de celles des Servitudes réelles qui sont contractuelles. Mais il y en a quelques unes qui sont véritablement négatives, telles que celles de ne pas élever ses murs au-delà d'une certaine hauteur, de ne pas nuire à des vues, etc. Il en est de même du plus grand nombre des Servitudes légales : telles sont les règles qui défendent d'établir des fourneaux et des cheminées, des fosses d'aisance, des puits, etc., dans une certaine distance du fonds voisin. *V.* l'article *Voisinage*.

§. VII. *Des Servitudes visibles et cachées.*

Les Servitudes visibles, ou, comme on les appelle en droit, *patentes*, sont, suivant les jurisconsultes, celles qui paraissent aux yeux, et subsistent continuellement par elles-mêmes, sans de nouveaux faits, après qu'elles ont été établies. Telles sont les Servitudes de jour et d'égoût.

Les Servitudes cachées ou *latentes* ne paraissent, au contraire, que quand on les exerce par un fait particulier. Telles sont les droits de chemin, de puisage, etc.

Cette distinction est plutôt des interprètes du droit romain, que de ce droit lui-même (1). On ne doit pas cependant la négliger, puisqu'on en fait aussi usage dans notre droit français, comme on le verra dans la suite. [[*V.* ci-devant, §. 2.]]

Je remarquerai néanmoins qu'elle n'est pas absolument exacte.

Les Servitudes qu'on appelle *visibles*, ne le sont pas toujours, soit que le droit en soit simplement acquis sans que la Servitude ait encore été mise en usage, soit qu'après l'avoir établie, on ait laissé périr l'ouvrage qui la manifestait. Ainsi, quoique j'aie droit de vue et d'égoût sur la maison de mon voisin, je puis n'en pas faire usage; et lors même que j'en ai fait usage en ouvrant des fenêtres, ou plaçant des gouttières de son côté, si je détruis ma maison pour la reconstruire, ou bien lorsqu'elle tombe naturellement en ruine, ma Servitude ne laisse pas de subsister, quoiqu'il n'en paraisse plus aucune trace extérieure.

Tout au contraire, il y a quelques Servitudes qu'on appelle *cachées*, qui se manifestent souvent par des signes extérieurs. Lors, par exemple, que j'ai le droit de passage dans la cour ou dans le jardin de mon voisin, je puis avoir une porte qui annonce ce droit de passage.

Cette observation prouve avec quelle précaution on doit faire usage des décisions qui sont relatives à telle ou telle classe de Servitudes, et des autorités qui rangent des Servi-

(1) Charondas, sur l'art. 186 de la coutume de Paris, dit qu'elle n'a été inventée que pour concilier les lois diverses.

udes particulières dans chacune de ces classes. Voyez, au surplus, le §. suivant.

§. VIII. *Des Servitudes continues, quasi-continues, et discontinues.*

On confond ordinairement les Servitudes continues avec les Servitudes visibles, parceque toutes ces dernières Servitudes ont un effet non interrompu, tant qu'elles subsistent. Par la raison contraire, on confond les Servitudes discontinues avec les Servitudes cachées, parceque ces Servitudes n'ont ordinairement qu'un effet interrompu. C'est ce qu'on peut voir en particulier dans le *Traité des servitudes* de Lalaure liv. 1, chap. 1, liv. 2, chap. 2, et dans tout le cours de son ouvrage.

Mais il y a bien des servitudes dont l'effet agit toujours, quoiqu'il ne soit pas sensible aux yeux comme servitude. Ainsi, la Servitude de ne pouvoir pas élever sa maison ou un mur de clôture au-delà d'une certaine hauteur, ne peut guère être mise au nombre des Servitudes visibles, puisque, lorsqu'une maison n'est pas fort élevée, on ne peut pas juger à l'œil si les limites de cette hauteur sont la suite d'une Servitude, ou de la volonté seule du propriétaire, qui n'a pas jugé à propos de porter l'édifice à une plus grande élévation.

Cette division des Servitudes doit donc être distinguée de la précédente. Il y a d'ailleurs des Servitudes qui tiennent le milieu entre les continues et les discontinues : on les appelle, par cette raison, *quasi-continues*.

Les Servitudes continues sont donc celles qui ont une cause actuellement agissante, et dont les effets ne sont point interrompus dans l'ordre ordinaire des choses, comme les Servitudes de saillie, de vue, de ne pas élever sa maison au-delà d'une certaine hauteur.

On appelle *quasi-continues*, les Servitudes dont la cause (ou l'ouvrage qu'on a fait pour les établir) subsiste toujours, bien que l'effet en soit souvent interrompu. Telles sont les Servitudes de gouttière, d'égoût, etc. La continuité de la cause de ces Servitudes, ou de l'ouvrage qu'on a fait pour les établir, fait qu'on les rapporte assez souvent aux Servitudes continues; car, quoiqu'elles ne le soient pas à la rigueur, comme elles subsistent par elles-mêmes et sans qu'il soit besoin d'aucun nouveau fait depuis leur établissement, on ne peut pas les confondre avec les Servitudes dont l'exercice n'a lieu que lorsque celui auquel elles sont dues, en manifeste l'existence par quelque fait qui y est relatif.

Ce sont là proprement les Servitudes *discontinues*. Elle consistent donc, non-seulement à n'exiger aucun ouvrage durable qui en laisse subsister la trace, lors même que leur usage n'a pas lieu, mais encore à exiger l'action de l'homme pour qu'il ait lieu. Telles sont les Servitudes de puisage, de passage et d'abreuvoir. [[*V.* ci-devant, §. 2.]]

Il faut néanmoins observer qu'il y a beaucoup de confusion à cet égard dans nos livres; et que les lois même y contribuent quelquefois. Par exemple, Lalaure met au nombre des Servitudes quasi-continues, le droit d'aqueduc, quoique Cæpolla le range parmi les Servitudes continues. Le même Lalaure, dans la même page, met la Servitude de souffrir l'appui des poutres ou des solives de son voisin, au nombre des Servitudes continues et des Servitudes quasi-continues.

Cette distinction des Servitudes continues, quasi-continues et discontinues, est très-importante dans notre droit pour régler la prescription des Servitudes, comme on le verra bientôt.

§. IX. *Des Servitudes urbaines et rustiques.*

I. La dernière et la plus importante division des Servitudes, est celle qu'on en fait en Servitudes *urbaines* et Servitudes *rustiques* ou *rurales*. Comme ces sortes de Servitudes tirent leur nom de l'héritage dominant, il faut savoir quels sont les héritages que les Romains appelaient *urbains*, et ceux qu'ils appelaient *rustiques*, si l'on veut connaître quelle espèce de Servitudes doit être rangée dans chacune de ces deux classes.

Il paraît qu'il n'y avait pas plus d'uniformité sur ce point que sur bien d'autres, entre les jurisconsultes. *Nératius* voulait qu'on donnât aux héritages le nom de leur situation, et qu'on appelât *urbains*, ceux qui étaient à la ville, et *rustiques*, ceux qui étaient à la campagne. Cette distinction, qui paraît si simple, fut néanmoins abandonnée, et avec raison, par les autres jurisconsultes. Ils pensèrent qu'on devait régler en droit le nom des héritages, du moins, quant aux Servitudes, sur leur destination, en sorte qu'on nommât *héritages urbains*, ceux qui servaient principalement à l'habitation, et *héritages rustiques*, ceux qui étaient destinés à être exploités.

Paul et Labéon, dans les lois 4, D. *de penu legatâ*, et 12, D. *de supellectile legatâ*, ont distingué de la même manière les ménages urbains et rustiques; d'où l'on peut conclure qu'il y a souvent des héritages urbains à la campagne et des héritages rustiques à la ville; et qu'il en est de même des Servitudes.

Cette distinction pouvait même tenir aux principes les plus essentiels de l'ancien droit romain, suivant lequel on divisait les biens en deux classes, *res mancipi* et *res nec mancipi*. Les fonds de terre étaient compris de plein droit parmi les *res mancipi*; et les édifices qui y etaient construits, ne jouissaient des privilèges de ces sortes de biens, que parcequ'ils étaient un accessoire des fonds; et comme on n'admettait point d'accessoire d'accessoire, les Servitudes dues aux édifices, n'étaient pas au nombre des *res mancipi*; tandis que celles qui étaient dues aux fonds de terre, en étaient aussi comme les édifices mêmes. *V.* la dissertation de Bynkershoek, *de rebus mancipi et nec mancipi*.

Quoi qu'il en soit, c'est d'après cette distinction qu'on doit entendre ce que disent les lois romaines, à l'exception de celles qui sont sous le nom de Nératius. Les jurisconsultes opposés à Nératius, convenaient même qu'on devait suivre son opinion dans l'interprétation de certains actes, par exemple, dans celle des testamens, s'il paraissait que leur auteur eût entendu ces mots dans le même sens que lui.

Quoique cette distinction soit à présent généralement adoptée, [[et qu'elle le soit même par le Code civil, ainsi qu'on l'a vu plus haut, §. 2]], elle n'a pas suffi pour lever toutes les difficultés.

II. On a beaucoup disputé pour savoir dans quelle classe on devait mettre les étables, granges, celliers et pressoirs, et par conséquent, les Servitudes qui leur étaient dues.

Ceux qui les rangent dans la classe des Servitudes rustiques, se fondent principalement sur la destination de ces édifices, qui est purement champêtre.

Quelque fort que soit ce motif, le plus grand nombre des jurisconsultes français, et Davezan et Lalaure d'après eux, n'ont pas cru devoir excepter ces sortes d'édifices du nombre des héritages urbains: les raisons sur lesquelles ils se fondent pour cela, sont que ces distinctions prêteraient trop à l'arbitraire, qu'elles donneraient lieu à des contestations, par les conversions continuelles qu'on peut faire de l'usage des édifices. Ils alléguent enfin les lois 198 et 211, D. *de verborum significatione*, qui réputent urbains tous les édifices sans exception.

III. Domat, liv. 1, tit. 12, sect. 1, nº 6, met au nombre des domaines rustiques, les vergers et jardins, soit qu'ils soient situés à la ville ou à la campagne. Mais cela ne peut être vrai pour le plus grand nombre des jardins de ville, et même pour plusieurs de ceux de campagne, qui font partie des maisons de plaisance, et où l'on considère plus l'agrément que le profit. Ulpien a fort bien expliqué cela dans la loi 198, *de verborum significatione*, au Digeste: *Urbana prædia*, dit-il, *omnia ædificia accipimus, non solùm ea quæ sunt in oppidis, sed et si fortè stabula sunt vel alia meritoria in villis et in vicis, quia urbanum prædium non locus facit, sed materia. Proinde hortus quoque, si qui sunt in ædificiis constituti, dicendum est urbanorum appellatione contineri; planè si plurimùm horti in reditu sunt, vinearii fortè, vel etiam olitorii, magis hæc non sunt urbana.*

IV. Les principales Servitudes urbaines, énoncées dans le corps de droit romain, sont les quatorze suivantes: *oneris ferendi, tigni immittendi, projiciendi, protegendi, stillicidii vel fluminis recipiendi, vel non recipiendi, altiùs tollendi vel non tollendi, luminum, ne luminibus officiatur, prospectùs, ne prospectui officiatur, cloacæ.* (Lois 2, 3 et 4, D. *de Servitutibus urbanorum prædiorum* §. 1, Inst. *de Servitutibus prædiorum*.

La Servitude *oneris ferendi* obligeait celui qui la devait, à soutenir, sur son pilier ou sur son mur le poids du bâtiment de son voisin. Assez souvent on stipulait dans cette Servitude, que le propriétaire du pilier ou du mur serait obligé de l'entretenir et de le refaire, lorsque cela serait nécessaire: mais cette convention particulière, comme on l'a déjà dit dans le premier paragraphe, n'était pas une suite de la Servitude.

La Servitude *tigni immittendi* assujétissait le voisin à souffrir que les matériaux, et principalement les poûtres ou les solives de la maison voisine, portassent sur son mur. Il fallait une Servitude exprès pour cela chez les Romains, parceque les murs de cloture n'étaient pas mitoyens à Rome même, où chaque maison était isolée, afin de prévenir les incendies. Neron, sous le règne duquel elle en essuya un terrible, défendit de nouveau cet usage commun de murs, qui fut ensuite, autorisé par les Antonins. Les droits de voisinage n'étaient donc pas les mêmes partout; et cela explique des lois qui paraissent opposées sur les Servitudes (1).

La Servitude *projiciendi* consistait à avancer une partie d'un édifice sur la maison voisine, sans néanmoins l'y appuyer. Nos balcons et certaines galeries peuvent donner une idée

(1) *V.* Tacite *Annal, lib.* 15, *cap.* 42; les Antiquités romaines de Brisson, liv. 1, tit. 2; et celles de Heineccius.

de cette Servitude qui est proscrite dans beaucoup de coutumes.

La Servitude *protegendi* différait peu de la précédente, avec laquelle on la confond néanmoins quelquefois : elle consistait à faire avancer une partie de son toit sur la maison voisine.

La Servitude *stillicidii vel fluminis recipiendi*, obligeait à recevoir sur son terrain les eaux d'un bâtiment voisin.

La Servitude *non recipiendi* obligeait au contraire à laisser couler ses eaux chez son voisin, sans pouvoir les détourner pour son propre usage. Cette interprétation a été adoptée par Heineccius, *Elementa juris civilis secundùm ordinem Pandectarum, part.* 2, §. 145. Elle paraît plus naturelle que celle de Vinnius, qu'on peut consulter sur le §. 1 des Institutes, *de Servitutibus prædiorum.*

Le même Heineccius observe fort bien qu'on appelait *flumen*, l'eau recueillie dans une gouttière qui en versait beaucoup à la fois ; et *stillicidium*, celle qui tombait naturellement des toits goutte à goutte.

La Servitude *altiùs non tollendi* avait pour objet d'empêcher le voisin d'élever sa maison au-delà d'une certaine hauteur.

Il n'est pas aussi facile d'expliquer en quoi consistait la Servitude *altiùs tollendi*. La loi 11, D. *de Servitutibus prædiorum urbanorum*, dit que celui qui voudrait masquer les jours de ses voisins, ou faire quelque chose à leur désavantage, doit savoir qu'il est obligé de se conformer à l'ancienne structure des édifices : *formam ac statum antiquorum ædificiorum custodire debere.* Coras, dans son *commentaire* sur la loi *si servitus*, conclud de là qu'il y avait des réglemens qui défendaient d'élever les bâtimens au-delà d'une certaine hauteur, et de les approcher trop près de ceux du voisin. Il suppose qu'il dépendait néanmoins du voisin de renoncer à ces lois, comme il dépend parmi nous, de renoncer à celles qui défendent des vues d'une certaine espèce sur la maison voisine, et qu'on appelait Servitude *altiùs tollendi* celle qui permettait de surhausser sa maison ; et *luminibus officiendi*, celle qui autorisait le voisin à rapprocher sa maison.

Cette interprétation est la plus vraisemblable de toutes celles qu'on a données sur la Servitude *altiùs tollendi.*

Quant aux Servitudes *luminum* et *ne luminibus officiatur*, la première consistait dans le droit d'ouvrir des fenêtres sur son voisin, et la seconde à l'empêcher de les obscurcir par ses propres ouvrages (1). Cette dernière interprétation est plus simple que celle de Coras.

La Servitude *prospectûs* donnait le droit d'avoir vue sur la maison du voisin ; et celle *ne prospectui officiatur*, autorisait à l'empêcher de rien faire qui pût borner la vue d'une autre maison. Cette Servitude était bien plus gênante que celle de ne pas élever sa maison, ou de ne pas nuire aux jours de la maison voisine, *altiùs non tollendi* et *ne luminibus officiatur.* Elle ne permettait pas même d'avoir un jardin d'ornement (*viridarium*) sur son toit.

La Servitude *cloacæ* était très-importante. On sait que Tarquin-le-Superbe avait fait construire des égoûts ou cloaques admirables sous les rues de Rome. Lorsque cette ville eut été détruite par les Gaulois, on la reconstruisit sans suivre l'ancien plan, en sorte que les cloaques, qui ne passaient autrefois que sous les rues et les places publiques, se trouvèrent sous les maisons des particuliers, comme on le voit à la fin du liv. 5 de Tite-Live. Ceux dont les maisons étaient à quelque distance de ces cloaques, trouvaient leur avantage à faire de petits égoûts qui s'y déchargeaient ; et souvent on stipulait de son voisin le droit de mener cet égoût par sa maison.

V. Les Servitudes rustiques sont plus faciles à entendre.

Il y avait d'abord le droit de passage, dont on distinguait trois espèces, selon qu'on y pouvait aller à pied ou à cheval, ou y faire passer une voiture. La première espèce s'appelait *iter*, la seconde *actus*, et la troisième *via.*

Cæpolla suppose mal à propos que la première donnait le droit d'aller dans une chaise traînée par deux chevaux. La seconde espèce ne le donnait même pas. Le texte seul des Institutes, *pr. de Servitutibus prædiorum*, indique nettement le contraire.

Il faut remarquer, au surplus, que ces Servitudes, comme plusieurs des suivantes, peuvent être tantôt rustiques, tantôt urbaines, selon qu'elles se rapportent à des terres ou à des édifices.

Deux autres servitudes rustiques bien communes, avaient pour objet de conduire de l'eau par un canal, de l'héritage de son voisin dans le sien, ou simplement d'y puiser de l'eau ou d'y abreuver ses bestiaux. C'étaient là les trois Servitudes *aquæ ductus*, *aquæ haustus*, et *pecoris ad aquam appulsus.*

(1) [Il suit de là que, pour que je puisse empêcher mon voisin d'obscurcir mon terrain par les ouvrages qu'il élève sur sa propriété, il faut que j'aie sur celle-ci une Servitude proprement dite. *V.* l'arrêt de la cour de cassation, du 28 février 1814, rapporté ci-après, §. 35, n° 2.]

On pouvait enfin établir des Servitudes rustiques pour jouir du droit de pâcage, de celui de prendre du sable, etc. Les noms seuls de ces Servitudes en indiquent le caractère.

On pourrait en nommer un bien plus grand nombre, tant urbaines que rustiques. Cæpolla en a détaillé plus de cent, sur chacune desquelles il a fait un chapitre particulier. Mais des détails de cette espèce, qu'on ne peut jamais épuiser, sont, par cela seul, fort inutiles: ce qu'on a dit est suffisant pour l'intelligence du droit romain sur cette matière.

On établit aussi parmi nous des Servitudes semblables à celles dont on vient de parler, ou peu différentes. Celles de puisage, de prise d'eau, d'égoût, de gouttière, de passage, de vues, etc., sont les plus communes.

Il serait inutile de parler ici de chacune d'elles, parceque les règles particulières qu'elles peuvent avoir, trouveront leur place dans les §. suivans, ou sont détaillées aux mots *Mur*, *Pâturage*, *Usage (droit d')*, *Voisinage*, *Vue*, etc.

§. X. *Des personnes qui peuvent ou ne peuvent pas constituer des Servitudes.*

I. Puisque les Servitudes diminuent les droits ou la liberté de l'héritage servant, il faut avoir un caractère qui autorise à y faire ces altérations, pour pouvoir les constituer valablement. Il suit de là que, dans la règle générale, il n'y a que le propriétaire qui puisse établir des Servitudes durables sur son fonds, et qu'il est même nécessaire, pour cela, qu'il soit maître de ses actions.

Ainsi, tous ceux dont les biens sont sous l'administration d'autrui, comme les mineurs, les insensés, les interdits pour quelque cause que ce soit, ne peuvent pas établir de Servitude sur leurs héritages. Les tuteurs et les curateurs ne le peuvent pas non plus, car ils n'ont aucun droit réel dans les héritages de leurs pupilles; ils n'en ont que la simple administration.

II. Il n'en est pas tout-à-fait de même du père qui jouit des biens de son fils en vertu de la puissance paternelle, du père ou de la mère et des autres parens qui jouissent de ces mêmes biens en vertu de la garde noble et bourgeoise, du seigneur qui a la garde seigneuriale, de la veuve douairière, du bénéficier, de l'engagiste, et généralement de tous ceux qui ont un droit d'usufruit, soit à vie, soit limité à telle et telle circonstance, ou à une certaine époque.

On a prétendu, à la vérité, qu'on ne pouvait pas établir de Servitude sur Servitude, *Servitutem Servitutis esse non posse*. Mais cet axiôme, comme tant d'autres, est faux à bien des égards, et ne nous apprend rien dans le cas où il est véritable.

Il est certain que, dans la thèse générale, les Servitudes, qui sont des droits incorporels, ne peuvent guère s'établir sur d'autres Servitudes. Mais lorsque cela se peut faire, pourquoi n'admettrait-on pas la Servitude qui est établie sur une autre servitude?

Cette réponse, qui est prise dans la nature des choses, rend superflues celles que Cæpolla, chap. 14, et tant d'autres auteurs ont été chercher bien loin. Ce n'est pas d'ailleurs l'usufruit seul qui peut fournir un exemple d'une Servitude imposée sur une autre Servitude; on peut en imaginer d'autres. Si j'ai stipulé, par exemple, en qualité de propriétaire d'une maison voisine de la vôtre, que vous seriez tenu de me laisser tirer un pouce cube d'eau de votre source, rien n'empêche que je ne puisse abandonner une partie de cette eau au propriétaire de la maison qui est au-delà de la mienne. Voilà bien néanmoins une Servitude imposée sur une autre Servitude, comme dans le cas de celles qui sont établies par l'usufruitier.

A plus forte raison, le grevé de substitution, l'emphythéote, le superficiaire, qui ont plus qu'un simple usufruit, peuvent-ils imposer toutes les Servitudes qui ne détériorent pas le fonds, pour tout le temps de leur jouissance. Le grevé de substitution peut même en établir de perpétuelles, qui auront un effet durable si la substitution devient caduque.

A la vérité, les servitudes établies par les emphytéotes, ne valaient pas de plein droit, suivant les principes du droit romain; et la même chose avait lieu pour toutes les Servitudes que pouvaient établir ceux qui avaient des domaines dans les provinces romaines. La raison en était, que la propriété de ces sortes de domaines était censée appartenir au peuple romain, et que les habitans de ses provinces n'avaient qu'un domaine subordonné à la possession de leurs terres. C'est par cette raison qu'on les appelait tributaires, colons, *vectigales*. Mais la jurisprudence du préteur avait autorisé la jouissance de ces sortes de Servitudes; et la distinction des fonds italiques et des domaines provinciaux n'avait plus lieu, lorsque Justinien fit rédiger le corps de droit. Il y avait déjà long-temps que tous les peuples des provinces dépendantes de l'empire romain, jouissaient du droit de cité (qui ne valait plus guère d'ailleurs la peine de faire un

privilége), et que la distinction entre les choses *mancipi et nec mancipi*, ne subsistait plus.

Il en a été à peu près de même des fiefs parmi nous. Tant que les vassaux en jouissaient à titre purement précaire, ou à vie, il est certain qu'ils ne pouvaient pas y imposer de Servitudes. Mais depuis que les fiefs sont devenus patrimoniaux, les vassaux ont pu, sans contredit, y établir des Servitudes. C'est la décision de Lalaure, liv. 1, chap. 6. Cependant si la Servitude diminuait considérablement la valeur du fief, il n'est pas douteux que l'imposition de ce droit ne fût assujétie aux règles que les coutumes ont données pour le démembrement et le jeu de fief.

Lalaure ajoute que cette Servitude s'éteint, lorsque le fief retourne au seigneur, soit par commise ou autre droit de seigneurie, parceque la Servitude qui ne subsistait qu'à l'égard du vassal, ne peut préjudicier au seigneur; il n'en excepte que le cas où le fief retournerait au seigneur à titre particulier.

C'a été aussi le sentiment de d'Argentrée, qui pensait que la commise rendait caduques toutes les charges que le vassal avait imposées sur son fief, telles que les hypothèques et les Servitudes. Mais le bien du commerce a fait prévaloir l'opinion contraire de Dumoulin. On a pensé que la maxime, *soluto jure dantis solvitur jus accipientis*, sur laquelle d'Argentrée se fondait, ne doit avoir lieu que lorsque le droit de celui qui a imposé les charges, se résout de soi-même et naturellement, sans aucun fait de sa part; et qu'il en doit être autrement, lorsque son droit est révoqué par son fait.

C'est la décision de Pothier, *traité des fiefs*, part. 1, chap. 3, sect. 1, art. 3, §. 3, et des auteurs les plus estimés. Les Servitudes constituées par le vassal, ne sont donc éteintes que dans le cas où le fief retournerait au seigneur par l'extinction de la famille à laquelle il aurait été concédé, comme cela a lieu dans la plupart des fiefs d'Alsace.

[[*V.* les articles *Fief*, sect. 2, §. 6, et *Réversibilité des fiefs*, et *Résolution*, n° 3.]]

L'acquéreur sous faculté de réméré, et généralement tous ceux qui n'ont qu'une propriété résoluble, peuvent néanmoins imposer des Servitudes sur les domaines qu'ils possèdent à ce titre; mais ces Servitudes cessent avec leur propriété.

Il en est de même encore du débiteur dont le domaine est hypothéqué. Rien n'empêche qu'il n'y puisse établir une Servitude; mais ses créanciers auront une action hypothécaire contre l'acquéreur de la Servitude, comme contre tout autre acquéreur d'une partie des biens de leur débiteur. *V.* le §. 34.

III. Celui qui n'a que la nue propriété d'un héritage dont un autre a l'usufruit, peut aussi y imposer des Servitudes, pourvu qu'elles n'aient lieu qu'après l'expiration de l'usufruit. Celui même dont l'héritage est grevé de quelque Servitude que ce soit, peut en imposer de nouvelles, soit de la même espèce, soit d'une autre, dès qu'elles ne préjudicient point aux droits de celui qui avait déjà une première Servitude.

Lorsque l'usufruitier consent que la Servitude imposée par le propriétaire, ait son effet au temps même de l'usufruit, il n'est pas douteux que l'acquéreur de la Servitude n'ait une propriété et une possession de la Servitude aussi complète que s'il l'avait acquise de celui qui réunit en lui seul la propriété et l'usufruit du fonds.

Le droit romain contient, à la vérité, une décision contraire. Les lois 15 et 16, D. *de usufructu*, veulent même que le propriétaire ne puisse pas imposer de Servitude avec le contentement de l'usufruitier, à moins qu'elle ne soit du nombre de celles qui ne portent aucune atteinte à l'usufruit, telle que la Servitude de ne pouvoir pas élever sa maison au-delà de sa hauteur actuelle.

Supérior, dans la loi 2, Davezan, part. 5, et les interprètes du droit romain se sont vainement efforcés de justifier cette décision, que Cæpolla a aussi adoptée. Ils ont prétendu que l'usufruit et la propriété étant deux objets distincts, le consentement de l'usufruitier ne pouvait suppléer ce qui manquait au consentement du propriétaire; et que, si ce consentement validait la Servitude, il semblerait que c'est lui qui l'a imposée, quoiqu'il n'en eût pas le droit.

De telles subtilités ne méritent guère de porter le caractère de loi; et l'on ne doit pas balancer à rejeter la décision dont on vient de rendre compte, dans les pays même de droit écrit.

On ne craint pas de porter le même jugement de celles de ces lois qui disent que l'héritier grevé d'un legs d'usufruit, peut, en dédommageant le légataire, imposer, de son chef, sur l'héritage sujet à l'usufruit, telle Servitude qu'il jugera à propos, ou affranchir le domaine voisin des Servitudes qu'il devait à celui dont on a légué l'usufruit.

IV. Lorsqu'un fonds appartient par indivis à plusieurs co-propriétaires, on ne peut, pour l'ordinaire, en assujettir aucune partie

à une Servitude, sans le consentement de tous. Cela est une suite de l'indivisibilité des Servitudes ; en sorte que, dans le cas où la Servitude est divisible, comme cela a lieu pour l'usufruit, rien n'empêche que chaque co-propriétaire ne la constitue sur sa portion indivise.

De même, lorsqu'un co-propriétaire a imposé une Servitude indivisible par sa nature, comme elles le sont presque toutes, la Servitude aura lieu si les copropriétaires accordent aussi le même droit. Les lois romaines exceptent le cas où l'un des co-propriétaires céderait la Servitude par un acte entre-vifs, et l'autre par testament, sous prétexte que les dispositions à cause de mort ne peuvent pas rester en suspens. Elles décident que, dans ce dernier cas, il faut un nouveau consentement de tous les co-propriétaires.

Il en est de même du cas, où l'un de ceux qui n'ont pas consenti à la Servitude, prédécède ou aliène sa portion. Ses héritiers ou ayant cause ne peuvent pas faire valider la concession de la Servitude par un consentement semblable. La raison qu'on donne de cette loi, c'est que les héritiers n'étaient pas co-propriétaires au temps où les premiers co-propriétaires ont donné leur consentement.

Malgré les efforts que Davezan et Supérior ont faits pour justifier ces décisions, il est clair encore qu'elles ne portent que sur des subtilités qui ne sont pas admissibles dans nos mœurs.

Il faut même remarquer que le co-propriétaire qui a consenti le premier à l'établissement de la Servitude, d'un droit de passage, par exemple, ne peut pas empêcher, de son chef, que le concessionnaire en jouisse, quoique ses co-propriétaires n'aient pas donné leur consentement. La bonne foi, qui doit présider à toutes les conventions, ne lui permet pas d'opposer ce défaut de consentement. Le droit romain même le décide ainsi dans la loi 11, D. *de Servitutibus prædiorum rusticorum.*

Pothier, dans son introduction au titre *des Servitudes* de la coutume d'Orléans, n° 6, pense néanmoins que, si le copropriétaire qui avait accordé le droit de Servitude pour sa portion, avait aliéné sa part à titre singulier, sans charger l'acquéreur de tenir son engagement, cet acquéreur pourrait empêcher le concessionnaire de la Servitude d'en user, et que les co-propriétaires de l'héritage ne pourraient plus y établir la Servitude sans son consentement.

Cet auteur se fonde, pour cela, sur la loi qu'on vient de citer, et sur la loi 18, *communia prædiorum.* Mais quelle que soit la décision de ces lois, elle ne paraît pas pouvoir être adoptée parmi nous, surtout si la concession a été faite par un acte ayant une date certaine. Quoique le concessionnaire de la Servitude ne pût l'exercer au préjudice des co-propriétaires qui ne l'avaient pas concédée, il n'en résultait pas moins un droit réel au profit du concessionnaire, relativement à la portion de celui qui avait accordé la Servitude. L'exercice de ce droit restait seulement en suspens, tant que les co-propriétaires ne donnaient pas aussi leur consentement ; mais ce droit réel, imposé sur la portion vendue, n'a pu être éteint par l'aliénation de cette portion, et il doit avoir tout son effet, lorsque l'obstacle qui en empêchait l'exercice, c'est-à-dire, le défaut de consentement des co-propriétaires, a cessé.

V. Cæpolla dit enfin, au chap. 14, n° 1, que le possesseur de bonne foi peut imposer une Servitude sur le fonds dont il jouit. Mais il est clair qu'une telle Servitude ne pourra tenir au préjudice du propriétaire, qu'autant que l'acquéreur en aura joui le temps suffisant pour la prescrire, et qu'il aura lui-même été de bonne foi.

§. XI. *De ceux qui peuvent acquérir des Servitudes.*

I. Tous ceux qui peuvent constituer des Servitudes sur leurs fonds, peuvent, à plus forte raison, en acquérir. Il y a même beaucoup de personnes qui ne peuvent pas constituer des Servitudes et qui peuvent néanmoins en acquérir.

Tous les propriétaires, ceux même qui n'ont que la nue propriété, tandis qu'un autre a l'usufruit, le peuvent. Il en est de même des administrateurs des biens d'autrui, tels que les tuteurs et curateurs, les fondés de procuration, etc., parce que l'acquisition d'une servitude tend au bénéfice de l'héritage dominant.

Cela doit s'entendre néanmoins pour les administrateurs du bien d'autrui, en telle sorte que l'acquisition de la Servitude ne soit pas faite à un prix qui excède sa valeur, et dans le cas seulement où elle est véritablement utile au fonds dominant. Car si elle n'y procurait qu'un simple agrément, celui dont on a géré les affaires, pourrait ne pas agréer l'acquisition qui en aurait été faite à titre onéreux.

La loi 24, D. *quemadmodùm Servitutes*, dit que le possesseur même de mauvaise foi empêche, par sa jouissance, la prescription

contre la Servitude appartenant à la maison qu'il possède. Mais on peut ajouter que celui qui possède un domaine avec mauvaise foi, peut aussi y acquérir une Servitude, soit par contrat, soit même par la prescription dans les pays où elle a lieu, pourvu que sa mauvaise foi n'ait pas la Servitude pour objet. Car on peut fort bien croire qu'une telle Servitude dépend d'une maison dont on a usurpé la possession sans titre, ou en vertu d'un titre vicieux; et cela suffit pour qu'on puisse avoir une possession valable de la Servitude.

La loi 13, §. 8, D. *de usufructu*, porte néanmoins que l'usufruitier ne peut pas acquérir la Servitude au fonds dont il a l'usufruit; et cette décision est adoptée par Antoine Mathieu, *disput.* 7, nº 11, et Despeisses, tome 1, part. 2, tit. 1, art. 4, sect. 1, nº 12.

Lalaure prête mal à propos la décision contraire à ce dernier auteur; mais il l'embrasse, et il l'établit dans les termes suivans:

« C'est une pure subtilité du droit romain, de dire que l'usufruitier d'un fonds ne peut pas acquérir une Servitude en faveur de ce fonds; il est d'abord incontestable qu'il peut valablement acquérir cette Servitude, pour durer pendant tout le temps qu'il sera usufruitier de ce fonds, soit parcequ'il y a intérêt, soit parcequ'on peut acquérir une Servitude pour durer jusqu'à un certain temps.

» L'usufruitier peut aussi acquérir pour toujours et pour le propriétaire du fonds; car quoique, suivant la subtilité du droit, *nemo alteri stipulari possit* (§. 4, instit. *de inutilibus stipulationibus*), l'usufruitier peut stipuler qu'en cas d'inexécution de la convention, après l'usufruit fini de la part de celui qui a constitué la Servitude, il sera tenu de payer une certaine somme aux héritiers de l'usufruitier, laquelle stipulation est valable, suivant le §. 19, Instit. *eod. tit.* ».

« Suivant cette maxime, on peut dire aussi qu'un particulier qui possède un bien à titre de substitution, peut acquérir une Servitude au profit de l'héritage substitué; mais que, si celui qui a établi cette Servitude, n'en faisait pas une donation ou un legs à celui qui est destiné pour recueillir la substitution, les héritiers de celui qui a établi la Servitude, pourraient prétendre récompense de celui qui profiterait de la Servitude ».

Le droit des fiefs (*de usibus feudorum*), liv. 2, tit. 28, §. 2, adapte cette décision à la Servitude acquise par le vassal, dont le fief retourne au seigneur par extinction de ligne.

Rien n'empêche même que l'usufruitier ne puisse acquérir de plein droit une Servitude pour le bien dont il a l'usufruit, en se portant fort pour le propriétaire, ou simplement en insérant dans son contrat la durée de la Servitude, comme une clause de ce contrat, suivant les principes que Pothier a développés dans son *Traité des obligations*, part. 1, chap. 1, art. 5, §. 3 et 4.

[[*V.* l'article *Stipulation pour autrui.*]]

II. La loi 11, D. *de Servitutibus*, porte qu'on ne peut point acquérir de Servitude pour une partie d'un fonds: *pro parte dominii Servitutem acquiri non posse vulgò traditur.* Elle ajoute en conséquence que, si le propriétaire d'un fonds stipule un droit de chemin, et aliène ensuite une partie de son fonds, il vicie la stipulation (*corrumpit stipulationem*), en la réduisant à un cas où elle n'a pu commencer.

De telles décisions ne doivent point être observées parmi nous. Rien n'empêche que le co-propriétaire d'un fonds ne puisse stipuler les Servitudes qui se rapportent plus à la personne qu'au fonds, par exemple, un droit de passage pour lui et pour ses ayant-cause dans la portion dont il est le propriétaire. Il en serait de même de toutes les Servitudes négatives. Celui qui a une portion indivise dans un domaine, a un droit dans chaque partie du tout. Il lui importe donc que le voisin ne puisse pas faire certaines choses qui procureraient quelque préjudice à son fonds, par exemple, en borner la vue, en boucher les jours et détourner les eaux qui y coulent. Ces Servitudes vaudront, à la vérité, pour la totalité du fonds, par la nature des choses; mais le droit en résidera toujours dans la personne du co-propriétaire qui a stipulé cet avantage, et il dépendra de lui d'y renoncer quand il jugera à propos.

A plus forte raison, lorsque quelqu'un a stipulé un droit de passage pour la totalité du fonds, il a bien le droit d'en aliéner une partie sans porter atteinte à la validité de la stipulation. L'action qui résulte de la stipulation, peut être aussi comprise dans l'aliénation; et alors, l'acquéreur même pourra se servir du droit de passage comme le vendeur, ainsi que le pourraient faire plusieurs héritiers de celui qui a établi la Servitude. *Mais si* l'acte d'aliénation ne contient pas le transport de l'action qui résulte de la stipulation, elle pourra toujours être intentée par le vendeur pour la portion qui lui reste.

[[Elle pourra même l'être par l'acquéreur pour la portion qui lui est advenue. Car toute Servitude forme, pour le fonds à qui elle appartient, un *droit réel*, et passe par conséquent, sans stipulation, au tiers-acquéreur.]]

§. XII. *Des choses sur lesquelles on peut imposer des Servitudes.*

I. On peut établir des Servitudes sur toutes sortes de fonds appartenant aux particuliers. On peut même en établir sur la superficie d'une maison. Rien n'empêche, par exemple, que le propriétaire de la surface d'un édifice n'y accorde un droit de passage.

On peut même établir des Servitudes sur un édifice qui n'est pas encore construit, par exemple, s'engager à ne pas l'élever au-delà d'une certaine hauteur, à en diriger les eaux sur la maison voisine, ou tout au contraire.

Quoique la nature des Servitudes ne permette pas d'ordinaire qu'on puisse en établir d'autres sur elles, et que les lois romaines même le décident ainsi, lorsque la chose est possible et qu'il n'en résulte aucun préjudice contre celui qui a concédé la première Servitude, il dépend de celui à qui elle appartient, d'y en imposer une autre, en se renfermant dans les bornes de ses droits. Rien n'empêche, par exemple, que je m'engage envers mon voisin à ne pas laisser couler ailleurs que dans son fonds, les eaux que je tire du vôtre à titre de Servitude d'aqueduc. La raison doit encore ici prévaloir sur les textes du droit.

Lorsqu'une chose est commune à plusieurs personnes, on ne peut pas, comme on l'a déjà dit, y acquérir de Servitude sans avoir le consentement de tous les co-propriétaires.

La loi 6, §. 3, D. *communia prædiorum*, porte que, si, de deux maisons, l'une m'appartient en propre et l'autre en commun, je ne puis imposer aucune servitude sur l'une au profit de l'autre. Au contraire, la loi 30, §. 1, D. *de Servitutibus*, dit que, si j'acquiers une partie du fonds qui me doit ou à qui je dois une Servitude, elle ne sera pas éteinte par la confusion, parcequ'une Servitude peut être retenue en partie.

Les interprètes du droit romain tâchent de sauver ces contradictions, en disant qu'il faut plus pour établir une Servitude que pour la retenir. Mais une raison si vague ne prouve rien ici. Il n'y a aucune incompatibilité à ce que je convienne avec mon co-propriétaire, que la maison commune sera assujetie à l'autre, ou lui devra une Servitude; ce ne sera point à la vérité une Servitude pour la partie qui m'appartient, si l'on suit la rigueur du droit: mais l'établissement n'en vaudra pas moins, comme Servitude, pour la partie qui appartient à mon co-propriétaire, et comme arrangement de commodité pour celle qui m'appartient.

II. Il y a des Servitudes naturelles auxquelles les lieux publics sont assujétis de plein droit. Tels sont le passage, les vues, l'écoulement des eaux qui ont lieu sur les rues, les chemins, les ponts, les places publiques, etc. Mais le souverain restreint quelquefois ces Servitudes dans certaines bornes, et peut même les défendre entièrement. Il y a, par exemple, des ponts et des chemins où l'on ne peut faire passer des voitures qu'avec une charge déterminée; il y a des jardins publics où les propriétaires même des maisons voisines n'ont pas droit d'ouvrir un passage ou des vues sans la permission du souverain. On n'a pas le droit de puisage dans certaines pièces d'eau qui sont uniquement pour la décoration.

Il faut suivre, à cet égard, les lois de police de chaque endroit; et lorsqu'elles sont muettes, observer les règles qui résultent de la destination de ces lieux. Il est clair que les particuliers ne peuvent pas y imposer les Servitudes qui pourraient les rendre moins avantageux ou moins agréables au public, sauf au souverain à déroger à ces règles quand il le juge à propos.

Les maisons religieuses sont sujettes à quelques exceptions relativement au droit de vue, qu'on n'y peut pas toujours avoir, comme on l'aurait sur celles des particuliers, surtout quand il s'agit d'un couvent de femmes.

On peut, au contraire, avoir sur les cimetières les mêmes vues que sur une rue ou sur une place publique, sans qu'il soit nécessaire d'observer les hauteurs prescrites par la coutume pour celles qui ont lieu sur les maisons des particuliers; mais la police exige qu'elles soient à fer maillé et verre dormant. *V.* l'article *Vue*.

Bouvot, tome 2, quest. 7, rapporte un arrêt du 12 décembre 1609, rendu au parlement de Dijon, par lequel il fut jugé que le propriétaire d'une maison et d'une grange proche la cure, devait être maintenu dans la possession immémoriale de passer par un cimetière pour y entrer et héberger ses bestiaux.

[[Mais *V.* l'article *Cimetière*, n° 9.]]

On trouvera de plus grands détails au mot *Voisinage*, sur ce qui concerne l'établissement des Servitudes légales, qui ont lieu entre voisins dans les lieux publics ou consacrés.

III. La loi 12, D. *de Servitutibus prædio-*

rum urbanorum, dit, avec raison, qu'on ne peut pas établir la Servitude de faire porter ses poutres, ses gouttières, ou telle autre partie de son édifice, sur une rue, pour les placer sur la maison voisine, parceque l'espace qui est entre le ciel et la voie publique, doit être libre. Cependant on voit dans bien des villes, et à Paris même, différentes arcades qui supportent des bâtimens au-dessus de la rue; et ces édifices ne peuvent pas être critiqués, lorsqu'ils subsistent depuis un temps immémorial. Ils peuvent avoir une cause très-légitime, et provenir de ce que le terrain au-dessus duquel sont ces arcades, ne formait point une rue autrefois. On a toléré ces bâtimens, en faveur de ce que les propriétaires ont fourni le sol pour y percer la rue. C'est l'observation de Lalaure sur cette loi.

§. XIII. *Quelles servitudes peut-on établir?*

I. En général on peut établir telles Servitudes qu'on juge à propos, pourvu qu'elles ne soient pas prohibées par les lois, tant naturelles que civiles, ou par des obligations antérieures, [[et *qu'elles n'aient d'ailleurs*, comme le dit l'art. 686 du Code civil, *rien de contraire à l'ordre public.*]] Il dérive plusieurs conséquences de ce principe, qui ne paraît pas susceptible d'exceptions.

II. comme le droit naturel ne nous permet pas de gêner la liberté des autres, même par des conventions, sans qu'il en résulte aucun avantage pour nous, et que l'intérêt du demandeur est le fondement nécessaire de toutes les actions qu'il voudrait intenter, il suit de là qu'un propriétaire ne peut pas stipuler de son voisin, des Servitudes qui ne sont d'aucune utilité ou agrément prochain ou éloigné. La loi 15, D. *de Servitutibus*, déclare nulle, par cette raison, la stipulation en vertu de laquelle on obligerait quelqu'un à ne pas passer sur son propre héritage, ou à ne pas s'y arrêter.

On peut voir dans les lois romaines, et dans Lalaure, au liv. 1, chap. 8, d'autres exemples de cette espèce.

La loi 8, §. 6, *si Servitus vindicetur*, porte sans doute sur le même fondement: elle dit qu'on ne peut pas interdire à quelqu'un le droit de faire aller chez lui une légère fumée, ou le lui permettre, de même qu'on ne peut ni interdire ni accorder à personne le droit de faire du feu, de s'asseoir et de se lever.

Lalaure, liv. 1, chap. 8, se fonde sur cette loi, pour dire « qu'on ne peut point, à titre de » Servitude, stipuler qu'on pourra faire ou ne » pas faire *une grande fumée* dans sa cheminée, parcequ'on ne peut empêcher quelqu'un » de faire du feu chez lui ».

Mais la loi qu'on vient de citer, parle *d'un peu de fumée*: d'où l'on peut conclure, en sens contraire, qu'elle n'entend pas exclure la faculté de permettre ou d'interdire le droit de faire une fumée considérable, qui pourrait être nuisible ou fort désagréable. Qui peut douter, par exemple, que je puisse stipuler de mon voisin qu'il n'établira point un four à chaux, une fonte de suifs, ou d'autres ateliers de cette espèce qu'on tolère dans bien des villes, et qui néanmoins sont fort incommodes. Les réglemens de police de plusieurs villes qui prohibent de plein droit ces établissemens hors d'un certain quartier (1), montrent assez combien il serait déraisonnable, dans les autres villes, d'empêcher les particuliers de stipuler de pareilles Servitudes à leur profit. On peut invoquer, à cet égard, la décision même du §. 5 de la même loi, qui dit qu'on ne peut pas, sans Servitude, diriger sur les édifices supérieurs la fumée qui sort d'un endroit où l'on enfume les fromages; *ex taberna caseariâ fumum jure immitti non posse, nisi ei rei Servitutem talem admittat.* *V.* aussi le §. 7, du même texte.

Il y a lieu même de douter si la loi dont il s'agit, s'observerait bien parmi nous dans tous les cas indistinctement. On sait combien les dangers du feu sont redoutables: je puis donc avoir de fort bonnes raisons pour stipuler quelquefois que mon voisin ne pourra faire ni feu, ni fumée, dans une baraque de bois voisine de mon magasin plein de matières combustibles.

Les conventions des hommes sont quelque chose de si sacré, et dont l'exécution est si importante au bien de la société, qu'il faut être bien sûr que celui qui en réclame l'exécution, n'y a aucun intérêt pour la lui refuser. Le jurisconsulte Labéon dit même, dans la loi 17, D. *de Servitutibus*, qu'on peut établir une Servitude inutile sur un fonds, en le vendant. La raison qu'il en donne, c'est qu'il est permis de posséder des choses qui ne sont d'aucune utilité.

Cette loi a occasionné bien des disputes entre les commentateurs. *Supérior*, sur la loi 13, pense que le motif de cette exception aux règles générales, est qu'il ne s'agit pas ici d'une Servitude acquise sur le fonds d'autrui, mais d'une Servitude retenue sur son propre fonds en le vendant, et sur l'objet de laquelle l'acquéreur n'a jamais eu de droit. Il y a lieu

(1) [[*V.* l'article *Manufacture*, n° 4.]]

de croire que tel est en effet le motif de cette loi.

Le même auteur pense néanmoins que, dans tous les autres cas, il est si nécessaire qu'une Servitude soit utile pour être valable, qu'il ne suffit pas qu'elle soit agréable, *amæna*. Il en donne pour exemple un aqueduc qu'on établirait pour fournir de l'eau à des cascades ou à des bassins d'agrément. Mais il n'est pas douteux que des Servitudes de cette espèce ne puissent être établies : le droit romain lui même en fournit des exemples dans la Servitude *ne prospectui officiatur*, et dans quelques autres qui ne sont pas plus utiles.

C'est encore mal à propos que tous les interprètes du droit, et Lalaure, liv. 1, chap. 8, disent qu'on ne peut pas établir la Servitude d'aller en bateau sur un lac qui est sujet à tarir. Ils se fondent, pour cela, sur la loi 23, §. 1, D. *de servitutibus rusticorum prædiorum*, qui paraît effectivement n'accorder cette Servitude que sur un lac perpétuel : « Si vous avez un » lac perpétuel (y est-il dit), on peut y imposer » la Servitude d'y naviguer pour parvenir au » fonds voisin ».

Le fondement de cette loi portait sur le prétendu principe, que la cause de la Servitude doit être perpétuelle; et c'est par la même raison qu'une autre loi décide qu'on ne peut pas prescrire contre son voisin le droit d'y faire écouler par un trou les eaux qui servent à laver une salle à manger, à moins qu'on n'y établisse en même temps une gouttière pour l'eau de pluie.

Quoique Heineccius ait aussi adopté cette décision dans ses *Elementa juris secundùm ordinem Pandectarum*, part. 2, §. 145, elle n'en doit pas moins être rejetée comme la précédente. Quand un lac tarirait plusieurs mois de l'année, j'aurais toujours un intérêt sensible à pouvoir le traverser pour aller à mon héritage pendant les mois où il serait couvert d'eau; et cet intérêt suffit pour qu'il me soit permis d'y acquérir une Servitude.

Il en est de même de tous les égoûts, de quelque espèce qu'ils soient, qui peuvent être utiles ou commodes à ma maison. Il y a bien des maisons dont les éviers se déchargent dans les maisons voisines; et on serait mal reçu à contester une telle Servitude, sous prétexte que la cause n'en est pas perpétuelle.

III. Il est important d'observer qu'en matière de Servitude, plus encore que dans toute autre, toutes les lois conçues dans des termes *négatifs*, ne sont pas prohibitives, et n'empêchent pas qu'on ne puisse y déroger par des conventions particulières. Ainsi, quand l'art. 202 de la coutume de Paris porte « qu'on ne » peut faire vues droites sur son voisin, ni sur » places à lui appartenant, s'il n'y a six pieds » de distance entre ladite vue et l'héritage du » voisin, et ne peut avoir bées de côté, s'il n'y » a deux pieds de distance »; cet article n'empêche pas qu'on ne puisse acquérir du voisin le droit de vues, sans observer ces règles.

Tout au contraire, il y a des lois relatives aux bâtimens, auxquelles il n'est pas permis de déroger à titre de Servitude, quoiqu'elles soient conçues en termes simplement dispositifs. Ainsi, l'on ne peut pas stipuler de son voisin qu'il n'aura pas de puits dans une maison de ville, au moins dans celles qui sont bien policées, et particulièrement dans la ville de Paris, depuis les ordonnances de police qui ordonnent à chaque particulier d'avoir dans sa maison un puits avec corde, poulie et sceau, quoiqu'elles ne contiennent aucune prohibition.

La règle qu'on doit suivre à cet égard, est d'examiner si la loi qui ordonne ou défend quelque chose dans les édifices, à rapport à l'intérêt public, ou seulement à celui des particuliers. Dans le premier cas, il n'est pas permis d'y déroger à titre de Servitude; dans le second, ceux pour qui la loi a été établie, peuvent renoncer au bénéfice introduit en leur faveur.

IV. Lorsqu'on a accordé un droit de Servitude à quelqu'un, il n'est pas permis d'en accorder un autre à un tiers, si la concession portait quelque préjudice au droit du premier. Mais lorsque la nouvelle Servitude ne préjudicie point à la première, on peut en accorder successivement plusieurs, quand même elles auraient absolument le même objet; car il y a des droits qui peuvent servir à plusieurs fonds à la fois. Par exemple, le droit de vue sur une cour, ceux de passage, de décharge d'eau, de puisage et d'aqueduc, peuvent servir en même temps à plusieurs maisons, pourvu, toutefois, que l'aqueduc ou la source fournisse de l'eau suffisamment. La loi 2, §. 1 et 2, D. *de Servitutibus prædiorum rusticorum*, permet même, dans ce cas, d'accorder ce droit à plusieurs pour le même lieu, le même jour et à la même heure : mais cela doit toujours recevoir les restrictions qui sont relatives à l'intérêt du premier concessionnaire, et de tous les autres, dans l'ordre de leur concession.

La loi 14, au même titre, dit néanmoins qu'on ne pourrait accorder une Servitude d'a-

que duc sur le même endroit où l'on aurait accordé un droit de passage. Despeisses, tome 1, part. 2, tit. 1, art. 4, sect. 1, nº. 13, et Lalaure, liv. 1, chap. 8. adoptent la décision de cette loi. Mais elle ne doit avoir lieu que dans le cas où le conduit de l'aqueduc rendrait le passage inutile ou moins commode.

V. De ce que les Servitudes doivent être de quelqu'utilité au propriétaire de l'héritage dominant, il suit qu'elles ont lieu d'ordinaire sur des fonds qui y sont limitrophes; et l'on décide communément, par cette raison, qu'il est nécessaire que l'héritage servant et l'héritage dominant soient voisins l'un de l'autre. Mais pour admettre cette règle, on doit donner au mot de *voisinage* une étendue proportionnée à l'objet de la Servitude.

Je puis, par exemple, stipuler le droit de prendre du bois pour mon chauffage, et à plus forte raison pour mes édifices, dans des forêts situées à une très-grande distance de ma maison; et il peut en être de même du droit de pâcage, de l'abreuvage des bestiaux, et de plusieurs autres Servitudes, selon les circonstances. On trouve beaucoup de détails à cet égard dans les auteurs: mais la raison en dit plus sur cet objet que toutes les lois et les jurisconsultes du monde.

On observera seulement qu'il y a des cas où une Servitude inutile et caduque au temps de son établissement, peut devenir valable et utile dans la suite. Si je stipule, par exemple, le droit de vue, d'aqueduc, etc., de quelqu'un dont l'héritage est séparé du mien par celui d'un tiers, la Servitude ne me sera d'aucun usage, si ce tiers ne m'accorde pas le même droit, ou si sa maison fait un obstacle à cette vue. Mais si la maison du tiers est détruite, ou s'il consent que l'aqueduc passe dans son héritage, il est clair que la première Servitude aura tout son effet.

Tout au contraire, une Servitude utile dans le temps de son établissement, peut devenir inutile dans la suite. Lors, par exemple, que j'ai stipulé d'un voisin non immédiat, qu'il ne pourrait pas faire tel ouvrage chez lui qui nuirait à mes vues, si le voisin immédiat fait une plantation ou construit un édifice qui masque entièrement ces vues, la Servitude que j'ai stipulée, devient inutile pour moi, et l'équité naturelle exige, dans ce cas, que je ne puisse pas empêcher le propriétaire de l'héritage servant, d'en disposer comme bon lui semblera, tant que subsistera l'obstacle intermédiaire, pourvu qu'il consente que la Servitude ait son entier effet dans le cas où l'état des lieux intermédiaires n'y ferait plus d'obstacle.

VI. On peut, parmi nous, établir des Servitudes conditionnelles, ou pour un certain temps seulement, et mettre à la constitution telles clauses qu'on jugera convenables, pourvu qu'il n'y ait rien de contraire aux lois qui concernent l'intérêt public. Voyez le §. suivant.

§. XIV. *Des différentes manières dont les Servitudes peuvent s'établir en général.*

I. Dans l'ancien droit romain, les Servitudes rustiques et les Servitudes urbaines ne s'acquéraient pas de la même manière.

Les premières, qui étaient censées plus précieuses que les autres, comme les domaines dont elles dépendaient, étaient ce qu'on appelait *res mancipi*. Il fallait, pour les acquérir, cette espèce de vente solennelle qu'on appelait mancipation, et qui produisait la garantie la plus étendue Les héritages urbains, au contraire, c'est-à-dire, les édifices, étaient naturellement réputés *res nec mancipi*; on ne les mettait dans la classe des *res mancipi* que par accession (*V.* ci-dessus, §. 9). Les Servitudes des héritages rustiques étaient aussi mises dans la même classe à titre d'accession, et elles pouvaient être acquises de la même manière que les autres biens de cette classe.

Il n'en était pas ainsi des Servitudes qui dépendaient des héritages urbains: elles n'étaient jamais réputées *res mancipi*, parce qu'on n'admettait pas d'accessoire d'un accessoire. Elles pouvaient donc être acquises de toutes les autres manières dont les droits incorporels pouvaient être établis, mais non pas par la mancipation ni par les autres titres qui pouvaient être particuliers aux *res mancipi*, tels que l'usucapion (1).

Justinien ayant aboli toutes les différences qui avaient lieu entre les domaines connus sous le nom de *res mancipi* et *res non mancipi*, toutes les Servitudes, tant urbaines que rustiques, furent mises à cet égard sur le même pied; on les constitua, comme tous les autres droits réels, par les conventions (2), les stipu-

(1) C'est par la même raison, sans doute, qu'on pouvait engager les Servitudes rustiques et non pas les Servitudes urbaines, suivant la loi 11, §. *ult.* et la loi 12, D. *de pignoribus*, que Davezan, part. 9, chap. 5, croit inexplicables.

(2) Le §. 4, Inst. *de Servitutibus*, dit *pactionibus et stipulationibus*, et non pas *pactis et conventionibus*. Les *pactions* étaient des conventions que les lois autorisaient: les simples *pactes*, au contraire ne valaient qu'autant qu'ils étaient autorisés par une loi expresse, ou qu'ils étaient insérés dans un contrat obligatoire, comme des clauses qui en dépendaient.

lations, les actes de dernière volonté, les jugemens et la prescription.

Il ne faut pas croire néanmoins que tous ces titres eussent le même effet; les stipulations et les conventions ne donnaient qu'un simple droit à la Servitude, *jus ad rem*; mais elles ne l'établissaient pas, du moins pour les Servitudes affirmatives, qui consistaient à avoir le droit de faire quelque chose sur le fonds de son voisin. Il fallait de plus, pour l'établissement de ces Servitudes, que la stipulation ou la convention eût été suivie de l'espece de tradition dont elles étaient susceptibles, c'est-à-dire, de l'usage que le propriétaire de l'héritage dominant en faisait sans contradiction, au vu et au su de celui de l'héritage servant.

Labéon pensait même que, pour suppléer au défaut de tradition réelle dans ces sortes de droits, le propriétaire de l'héritage servant devait donner caution de ne pas s'opposer à leur usage. Mais Javolenus décide avec raison, dans la loi 18, D. *de Servitutibus*, que la quasi-tradition dont on vient de parler, était suffisante. Il n'était nécessaire de donner cette caution, aux termes des lois 7, D. *si servitus vindicetur*, et 7, D. *de aquâ quotidianâ æstivâ*, que lorsque le propriétaire de l'héritage servant, après avoir contesté la Servitude, était condamné par un jugement à la souffrir. Vinnius s'est beaucoup étendu là-dessus dans son commentaire sur le §. 2 des Institutes, au titre des Servitudes; et il a réfuté avec beaucoup de force l'opinion contraire de Bachovius. Cependant il est allé trop loin lui même, en supposant que la tradition était nécessaire dans toutes les Servitudes établies par convention: la raison seule indique assez qu'on ne pouvait pas même faire de quasi-tradition des Servitudes négatives, qui consistent seulement à ne pas faire quelque chose dans son propre fonds.

Lorsque la Servitude avait été simplement promise, on pouvait seulement en demander l'établissement par l'action qui résultait de la stipulation; mais lorsqu'elle avait été imposée par testament, le légataire pouvait agir à son choix par l'action personnelle qui résultait du testament, ou par l'action réelle appelée *confessoria*, parceque les testamens qui se faisaient anciennement par la mancipation, produisaient aussi de plein droit une action réelle, sans qu'il fût besoin d'aucune tradition ou délivrance. Enfin, lorsque la stipulation des Servitudes affirmatives avait été suivie de tradition, elle produisait pareillement l'action réelle.

Par une suite des autres particularités du droit romain, les Servitudes ne pouvaient pas être établies, selon la rigueur des principes, pour avoir lieu à commencer d'un certain temps, ou pour durer un certain temps, ni sous une certaine condition, ou jusqu'à une certaine condition, *neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad conditionem.*

C'est du moins ce que décide la loi 4, C. *de Servitutibus*, qui a beaucoup embarrassé les interprètes. On peut voir ce qu'en a dit Supérior sur la loi 4. Mais comme plusieurs autres lois parlent de Servitudes conditionnelles, et qu'elles en supposent la validité, il serait peut-être assez facile de prouver que la rédaction de celle-ci a mis en thèse générale ce qui n'avait lieu originairement que pour les Servitudes contractuelles qui n'étaient pas conçues dans la forme de la stipulation.

Quoiqu'il en soit, le préteur faisait valoir toutes ces clauses conformément à l'équité, lorsqu'on opposait l'exception qui résultait de la convention, *pacti vel doli exceptione oppositâ*. C'est la décision de la même loi, qui, comme Cujas l'observe, avait suivi en cela l'opinion de la secte des Sabiniens, en rejetant celle des Proculéiens.

Toutes ces distinctions ne sont point admises dans nos mœurs. On peut y constituer ou acquérir les Servitudes sous telles clauses et conditions qu'on juge convenables.

On peut réduire à cinq les moyens principaux qui peuvent les établir. Ce sont, 1° la loi, 2° les jugemens et les décrets, 3° une disposition legitime du propriétaire, faite par un acte entre-vifs ou par testament, 4° la destination du père de famille, 5° la prescription.

On traitera particulièrement des Servitudes établies par la loi, au mot *Voisinage*. On va parler dans les §. suivans, des quatre autres manières de constituer les Servitudes.

§. XV. *De l'établissement des Servitudes par des jugemens. Les décrets, [[aujourd'hui les jugemens d'expropriation forcée]], sont-ils des titres valables pour ces sortes de droits?*

I. La loi 22, §. 3, D. *familiæ erciscundæ*, porte que le juge peut, en procédant au partage, imposer quelque Servitude sur une portion au profit de l'autre; mais que, si un héritage est adjugé purement et simplement, sans qu'il ait été question de Servitude, il ne peut plus en imposer en adjugeant à un second héritier un autre héritage: *Sed si purè alii adjudicaverit fundum, alium adjudicando ampliùs Servitutem imponere non poterit.*

Cette dernière décision ne devrait pas s'observer parmi nous ; du moins si tous les lots avaient été fixés et adjugés par un seul et même jugement, comme il est d'usage. Toutes les dispositions qui y sont contenues, ne font qu'un tout dont les différentes parties se rapportent les unes aux autres ; et il est fort indifférent que le juge ait commencé par établir la Servitude en parlant du premier lot, si elle est clairement énoncée dans la disposition qui concerne le second.

La loi 18, D. *communi dividundo*, est plus raisonnable. Elle porte qu'un arbitre ne pourrait pas, en partageant une succession, constituer de Servitudes sur un fonds héréditaire, au profit d'un fonds étranger à la succession, parceque son pouvoir ne s'étend pas au-delà de l'objet qui a été soumis à sa décision. Si néanmoins les deux parties intéressées consentaient à cet établissement, rien n'empêcherait qu'il ne fût valable.

Cependant il peut y avoir des cas autres que le partage, où le juge pourrait imposer des Servitudes sur un fonds. Par exemple, si j'ai un héritage qui soit, de toutes parts, entouré par le vôtre, vous devez m'y accorder le droit de passage, en vous indemnisant ; et si vous ne le faites pas volontairement, je puis vous y faire condamner en justice. On verra au mot *Voisinage*, dans quel cas le juge peut établir ces sortes de Servitudes.

II. Le décret est ordinairement regardé comme un titre d'acquisition translatif de propriété. Lors donc qu'un droit de Servitude est nommément exprimé dans la saisie réelle et dans la procédure, sans que le propriétaire de l'héritage prétendu servant s'y soit opposé, l'adjudicataire peut-il prétendre la Servitude en vertu de son décret seul ?

Cette question a été diversement résolue par les auteurs.

Lathaumassière paraît incliner pour l'affirmative, dans ses *Nouveaux Commentaires sur les coutumes générales de Berri*, tit. 11, art. 1. Lecamus, dans ses observations sur l'art. 186 de la coutume de Paris, l'admet sans difficulté, du moins dans le cas où la partie saisie se trouvait en possession de la Servitude, et ce cas est le seul dont il parle. Lalaure suppose, on ne sait trop pourquoi, que Brodeau est du même avis.

Ferrière, dans sa gl. 1, n° 8, sur le même article, fait une distinction : il convient que l'énonciation des Servitudes ne suffit pas pour en transférer directement à l'adjudicataire la propriété ; mais il prétend que, si cet adjudicataire jouit en conséquence du décret, pendant dix ans entre présens, et vingt ans entre absens, sans contradiction de la part du propriétaire de cet héritage, ces Servitudes se sont acquises par prescription.

Cette décision lui paraît d'autant plus juste, qu'il suppose que les décrets volontaires doivent avoir le même effet. Mais cette opinion étant insoutenable, du moins suivant le droit commun, comme on le verra bientôt, la conséquence qu'on en pourrait tirer en faveur du décret, ne paraît guère mieux fondée. Cette distinction a néanmoins été aussi adoptée par l'art. 3 des arrêtés de M. de Lamoignon, au titre *des Servitudes*, et par Auzanet dans ses *Mémoires*. On peut encore invoquer pour cette opinion, l'article 269 de la coutume de Bretagne, qui permet l'appropriance des Servitudes par les bannies, lesquelles tiennent lieu des décrets volontaires dans cette province.

Goujet, *Traité des Criées*, part. 2, chap. 4, n° 130, et le plus grand nombre des jurisconsultes décident cependant, sans distinction, que le décret n'est point un titre capable de faire acquérir les Servitudes, soit par lui-même, soit par la possession qui l'a suivi, dans les coutumes qui rejettent la prescription, parceque le décret ne transmet le domaine à l'adjudicataire, qu'avec les droits que le saisi y avait, et que *nulle Servitude sans titre*.

Cette dernière raison paraît décisive contre la prescription même ; car l'adjudicataire qui ne peut pas alléguer l'ignorance de droit, n'a jamais eu une possession de bonne foi. Il savait, ou il devait savoir, qu'on ne peut point réclamer une Servitude sans un titre émané du propriétaire de l'héritage servant ; et dès qu'il n'a point vu ce titre dans ceux qui lui ont été remis lors de l'adjudication, il a dû voir que son décret ne suffisait pas pour lui attribuer des droits de Servitude.

Cependant la question ne paraît avoir été jugée par aucun arrêt dans cette dernière circonstance, quoiqu'on en trouve plusieurs qui ont rejeté des Servitudes comprises dans des décrets.

Leprêtre, cent. 1, chap. 62, en rapporte un du 17 février 1588, et un autre de l'année 1603.

Vrevin, sur la coutume de Chauny, art. 69, en rapporte un troisième du premier mars 1608.

On en trouve un quatrième dans Tronçon, sur l'art. 202 de la coutume de Paris. Ces deux derniers sont aussi rapportés par Auzanet, page 3 de ses *Mémoires*.

Une Servitude légale qui aurait été éteinte par convention, ne pourrait pas même revivre par le décret, parceque c'est la même chose d'établir une Servitude nouvelle, ou

d'en rétablir une qui aurait été supprimée.

Boucheul, sur l'art. 444 de la coutume de Poitou, n° 50, cite, à cette occasion, un ancien arrêt rendu au profit des habitans de la ville de Magnac, « sur ce qu'ayant anciennement acquis du seigneur l'exemption des lods » et ventes, et la terre de Magnac s'étant vendue par décret, avec déclaration comme banonnie, droits et profits de fief, suivant la coutume, sans que lesdits habitans s'y fussent » opposés pour la conservation de leurs franchises, ils y ont été maintenus par l'arrêt, » parceque ce droit n'appartenait pas au saisi, » et qu'il n'en était pas en possession lors de la » saisie et adjudication ».

Lalaure, liv. 3, chap. 11, propose une exception qui ne peut guères souffrir de difficulté. Il pense que, si le propriétaire de la maison prétendue asservie, se trouvait du nombre des poursuivans, « son défaut d'opposition au décret formerait un titre invincible contre lui en faveur de l'adjudicataire, » parcequ'alors, se trouvant, pour ainsi dire, » être le vendeur de cette maison, son défaut » d'opposition serait une reconnaissance formelle de la Servitude, puisqu'il ne pouvait » ignorer ce que contenaient les affiches qu'il » avait fait poser avec les autres créanciers; et » que l'énonciation de la Servitude dans les » affiches formerait, en faveur de l'acquéreur, » un titre qui serait censé être émané de lui ».

Enfin, Desgodets, sur l'art. 186 de la coutume de Paris, propose un moyen pour assurer l'état des adjudicataires. « Comme il est (dit-il) très-difficile aux héritages qui se vendent » par décret forcé, d'en recouvrer les titres, » si les saisissans *ont* (1) la précaution de faire » insérer dans la saisie réelle la déclaration » et description des Servitudes actives que les » héritages saisis ont sur leurs voisins, et d'en » faire faire mention expresse dans les autres » procédures du décret, et qu'ensuite celui » qui est l'adjudicataire et l'acquéreur, fasse » dénoncer et signifier le décret avec ladite » déclaration et mention des Servitudes, aux » voisins qui les doivent souffrir, en leurs domiciles, aussitôt que le décret et l'adjudication lui ont été délivrés, si lesdits voisins » n'y font point réponse, ni d'opposition aux » Servitudes pendant l'an et jour, le décret » lui peut servir de titre; et en ce cas, les » Servitudes sont bien établies ».

Cette décision est au moins très-douteuse. Il serait plus court et plus sûr de faire assigner les propriétaires des maisons sur lesquelles les criées énonceraient des droits de Servitude dont la partie saisie aurait joui, mais à l'égard desquels on n'aurait aucun titre, pour être tenu d'affirmer si ces Servitudes ne subsistent pas sur leurs domaines; et en cas d'aveu, voir déclarer commun avec eux, le jugement du décret à intervenir.

[[Quant aux jugemens d'expropriation forcée, qui remplacent aujourd'hui les *décrets* de l'ancienne jurisprudence, *V.* les articles *Expropriation forcée*, n. 5; et *Saisie immobilière*, §. 7.]]

§. XVI. *De l'établissement des Servitudes par des actes entre-vifs ou par testamens.*

I. On peut imposer parmi nous les Servitudes par toutes sortes d'actes, soit entre-vifs, soit testamentaires. On peut les établir par des partages faits à l'amiable, lorsqu'en divisant une succession, on stipule un droit de vue, de passage, etc., au profit de l'une des deux maisons, soit qu'on suive en cela la destination du père de famille, comme dit Lalaure, soit qu'on s'en écarte ou qu'on y ajoute.

Les testateurs peuvent de même léguer leurs domaines, en y réservant quelque Servitude au profit de leur héritier ou d'un tiers, ou laisser ces domaines à leurs héritiers, en les grevant de Servitudes au profit de quelque personne que ce soit.

II. Lalaure, liv, 1, chap 10, dit que quand on constitue une Servitude, il faut que le terrain qu'on veut asservir, soit certain et désigné, tant par la mesure que par ses tenans et aboutissans. Il cite à cette occasion la loi 6, D. *de Servitutibus*; mais cette loi ne dit rien de semblable, quoiqu'il le suppose ainsi dans la traduction qu'il en a donnée: elle dit seulement qu'on peut établir ou remettre une Servitude sur une certaine partie d'un fonds: *Ad certam partem fundi Servitus tam remitti quàm constitui potest*; c'est-à-dire qu'on peut la remettre ou l'établir sur une certaine partie comme sur la totalité.

Il suffit donc, pour la validité d'une Servitude, que le fonds sur lequel on l'établit et l'espèce de la Servitude soient désignés de manière à ne pas s'y méprendre, surtout dans les testamens, où l'on se règle plutôt sur l'intention du testateur que sur la rigueur des termes.

Lorsqu'il survient quelques difficultés sur la manière dont la Servitude doit être exercée, le juge les règle, si les parties ne peuvent pas se concilier.

(1) Le texte de Desgodets dit *n'ont*, du moins dans sa dernière édition; mais c'est là une faute d'impression

III. La loi 7, D. *communia prædiorum*, porte que celui qui fait la tradition de l'une des deux maisons qui lui appartiennent, doit exprimer l'espèce de Servitude qu'il y veut retenir. La raison qu'elle en donne, c'est que si l'on disait en général que la maison est assujétie à celle qu'on réserve, on pourrait dire, ou que la constitution de la Servitude ne vaut rien, parcequ'on ne peut savoir quelle espèce de Servitude a été exceptée, ou que la maison vendue doit supporter toutes sortes de Servitudes.

Accurse prétend, d'après cette loi, que le vendeur peut demander toutes les espèces de Servitudes qui peuvent être imposées sur la maison vendue.

Cujas paraît avoir adopté cette décision. Il se fonde sur ces derniers mots, *aut omnis Servitus debeatur;* parceque, dit-il, lorsque le jurisconsulte rapporte deux opinions, il se décide toujours pour celle qu'il propose la dernière.

Mais Ferrière a fort bien observé, dans sa compilation sur l'art. 215 de la coutume de Paris, n° 4, que cette raison ne prouve rien ici. La décision de la loi se trouve évidemment dans le premier membre. Ce qu'elle ajoute ensuite, est pour justifier sa décision, en prouvant qu'il est impossible de connaître la véritable intention des parties, et que cette incertitude est la véritable raison pour laquelle il est nécessaire de spécifier l'espèce de la Servitude. Il semble qu'on peut conclure de-là que, lorsque la Servitude est désignée par son espèce particulière, il n'y a pas de difficulté à la confirmer.

Les réformateurs de la coutume de Paris ont été beaucoup plus loin, et peut-être trop loin, dans l'art. 215 : « Quand un père de famille (y est-il dit) met hors ses mains partie » de sa maison, il doit spécialement déclarer » quelles Servitudes il remet sur l'héritage qu'il » met hors ses mains, ou quelles il constitue sur » le sien ; *et les faut nommément et spécialement déclarer, tant pour l'endroit, grandeur, hauteur, mesure, qu'espèce de Servitude.* Autrement toutes constitutions générales de » Servitudes, sans les déclarer comme dessus, » ne valent (1)».

Les coutumes d'Orléans, art. 227, et de Calais, art. 201, ont des dispositions semblables. La plupart des commentateurs de la coutume de Paris, Lalande et Pothier, sur celle d'Orléans, supposent que tous ces articles s'observent à la lettre. Tel est aussi le sentiment de Desgodets dans ses notes sur cet article.

Goupy est d'un avis absolument contraire à celui de Desgodets, dans ses notes sur cet auteur :

« Lorsque la coutume (dit-il) requiert, en cet art. 215, une désignation exacte avec mesure, c'est pour engager les peres de famille à s'expliquer le plus clairement qu'il est possible pour établir des Servitudes et éviter les procès que ces sortes de dispositions causent tous les jours.

» Pour qu'une Servitude n'eût pas lieu, il faudrait que sa désignation fût conçue en des termes si obscurs et si équivoques, qu'il ne fût pas possible de juger de la vérité de la disposition du père de famille ; par exemple, si un propriétaire de deux maisons contiguës, en vendait une avec réserve de vues droites sur la cour de la maison vendue, c'est-à-dire, avec la faculté d'y percer des vues droites, en telle quantité et de telle grandeur que le vendeur le jugerait à propos, quoiqu'il n'y eût point désignation de quantité ni de mesure, la servitude ne doit pas moins subsister, suivant moi.

» Il en est de même du droit de passage. Si le propriétaire en question avait vendu une des deux maisons, avec charge d'un passage de porte cochère dans le corps de logis sur la rue, sans désigner la grandeur dudit passage, ni le lieu dans ledit corps de logis sur la rue, c'est-à-dire, si c'est au milieu ou sur les côtés, je ne pense pas que ce vendeur, faute d'une

(1) On trouve à peu près la même décision dans le *Grand Coutumier*, liv. 2, à la 6e du chap. 38, « Un propriétaire de plusieurs maisons entre tenans, qui les a acquêtées et assemblées en la ville de Paris, de plusieurs propriétaires chargés envers plusieurs censiers de plusieurs et diverses charges, vend, donne, ou par aucun titre met hors de ses mains une desdites maisons, avec toutes ses vues et égoûts, ou appartenances qu'elle pourrait ou devrait avoir raisonnablement selon les usages de la ville de Paris.

» Icelles paroles générales ne peuvent ni ne doivent, et ne seront réputées à titre juste ne valable pour avoir Servitude sur les autres maisons qui demeurent au bailleur, de vue, des égoûts, et des glacoueres, et de semblables choses et contre les coutumes ; mais doivent être toujours ramenées aux usages et coutumes de la ville de Paris, s'il n'est spécialement, expressément et nommément dit et déclaré, en faisant le bail de ladite maison, ou depuis, que lesdites Servitudes doivent demeurer en l'état qu'elles sont au temps du bail ; *et les convient expressément nommer et déclarer et mettre au contrat du bail, qu'elles doivent ainsi demeurer perpétuellement ;* ou autrement elles ne peuvent, ne doivent ainsi demeurer au préjudice de celui qui a baillé la maison généralement, comme il l'avait prise, avec vues, égoût, et semblables mots généraux, qui n'obligent point et ne donnent titre juste ni valable ».

plus exacte désignation, fût privé du droit de passage ; et tout ce qu'il arriverait, c'est qu'il serait au choix de celui sur lequel serait la servitude, de placer ce passage où il jugerait à propos dans ledit corps de logis, et d'y donner la plus petite largeur et hauteur qu'il serait nécessaire pour que les voitures pussent entrer, en observant qu'elles y passassent librement; et ainsi des autres servitudes non désignées par mesure ».

Auzanet dans ses *Mémoires*, et M. de Lamoignon dans ses *Arrêtés*, font une distinction qui paraît fort raisonnable, [[et qui est consacrée, comme on le verra ci-après, §. 19, par l'art. 694 du Code civil.]] Ils conviennent bien que l'énonciation des Servitudes occultes ou cachées doit se faire comme la coutume l'exige ; mais pour les Servitudes apparentes, ils jugent inutile d'obliger le vendeur de les déclarer, puisqu'elles sont assez connues à l'inspection des lieux.

Au reste, cette désignation est plutôt nécessaire pour le temps à venir et pour les héritiers des contractans, que pour les temps voisins de la vente et pour les contractans eux-mêmes, surtout si les Servitudes étaient dues à la maison aliénée. Si donc il était manifeste qu'on eût entendu comprendre dans la vente d'une maison, faite par le propriétaire de la maison voisine, des Servitudes qui y subsistaient déjà comme arrangement de propriétaire, le vendeur ne serait pas fondé à les contester, sous prétexte que l'acte n'en ferait pas mention ; l'acquéreur aurait le droit, même après la vente, de les faire constater par un procès-verbal contradictoire avec le vendeur; et s'il s'y refusait, de le faire assigner pour y être condamné, si mieux il n'aimait voir entériner les lettres de rescision qu'on pourrait prendre contre la vente, sur le fondement du dol qui résulterait de ces deux circonstances.

Ce tempérament dicté par l'équité, a été adopté par un arrêt dont voici l'espèce :

Par contrat du 5 juillet 1756, le sieur Bouret de Val-Roche, fermier général, propriétaire de deux maisons contiguës, rue de la Magdeleine et de la Ville-l'Evêque, vend la plus grande au sieur Cazaubon, syndic de la compagnie des Indes, et se réserve l'autre.

Le vendeur avait fait reconstruire les deux maisons. La première était composée de deux corps de logis, dont l'un en aile contenait un escalier de dégagement et quelques pièces qui tiraient leur jour d'une petite cour dépendante de l'autre maison.

La maison est vendue *ainsi qu'elle se poursuit et comporte, et sans en rien excepter ni réserver*, Le vendeur cède *tous droits de propriété, noms, raisons et actions qu'il a et peut avoir sur ladite maison ou à cause d'icelle.* Le prix de la vente et de 136,000 livres, non compris les ornemens et embellissemens vendus à part.

Le 30 octobre 1758, le sieur Cazaubon fit sommer le sieur de Val-Roche de se trouver le lendemain dans la maison vendue, pour y faire, avec le sieur Taneveau, architecte du roi, nommé par le sieur Cazaubon, la reconnaissance des vues qui, lors du contrat, tiraient et tirent actuellement leur jour de la petite cour de la maison réservée par le vendeur.

Le sieur de Val-Roche ne s'y trouva pas, et le procès-verbal fut dressé sans lui par l'huissier Ribert.

Le sieur Cazaubon fait assigner le sieur de Val-Roche au châtelet, pour voir dire que les vues étaient, lors du contrat, telles qu'elles étaient exprimées dans le procès-verbal, sinon, qu'il en serait dressé procès verbal par experts, qui déclareraient si elles n'existaient pas avant le contrat.

Le sieur de Val-Roche convient, par ses défenses, que les vues sont les mêmes qu'elles étaient lors du contrat ; mais il oppose les art. 186, 215 et 216 de la coutume de Paris, et dit qu'on n'a pas pensé à cet objet lors du contrat. Il conclud à ce que le sieur Cazaubon soit tenu de supprimer les bayes, vues et jours qui se trouvent dans le mur mitoyen qui sépare les deux maisons, et de se réduire aux termes de droit; sinon, à demeurer autorisé à faire lesdits bouchemens et suppressions aux frais du sieur Cazaubon, et aux dépens.

Sentence contradictoire du 8 février 1759, qui adopte ces conclusions.

Sur l'appel, le sieur Cazaubon demande subsidiairement la rescision du contrat, avec restitution du prix principal, tant de la maison que des meubles, frais de contrat et de décret volontaire, droit seigneuriaux et intérêts, à compter du jour des quittances.

Arrêt du 29 mars 1760, au rapport de M. Pasquier, qui met l'appellation et ce au néant ; émendant, entérine les lettres de rescision prises contre le contrat, le déclare nul et résilié, condamne le sieur de Val-Roche à rendre au sieur Cazaubon toutes les sommes par lui payées, frais, mises, loyaux coûts et intérêts, si mieux n'aime le sieur de Val-Roche laisser subsister les jours et vues, ce qu'il sera tenu d'opter dans quinzaine, sinon l'option déférée au sieur Cazaubon ; condamne le sieur de Val-Roche à tous les dépens.

Lalaure rapporte le même arrêt avec plus de détail, liv. 3, chap. 10.

IV. Lorsqu'il est dit dans un acte de partage, ou dans tout autre acte relatif à deux maisons contiguës, qu'un mur de séparation demeurera dans l'état qu'il est, ou même qu'il sera élevé jusqu'à une certaine hauteur, il ne résulte point de là une Servitude qui puisse empêcher l'un des voisins de l'élever davantage, s'il le juge à propos : tout ce qu'on peut conclure de cette clause, c'est que chaque voisin peut contraindre l'autre à élever et à entretenir le mur jusqu'à cette hauteur, mais non pas au-delà.

Pour que la Servitude eût lieu, il faudrait que l'acte portât que le mur restera perpétuellement dans cet état, sans pouvoir être exhaussé par l'une ou l'autre des parties. C'est la décision d'un auteur anonyme, dont le manuscrit est rapporté par Ferrière dans sa compilation à la suite du titre *des Servitudes*. Elle a été adoptée par un arrêt du..... mars 1780, dans l'espèce suivante.

La maison du sieur Joulain, marchand à Cholet, en Anjou, et celle du sieur Rousseau, notaire au même lieu, n'en avaient fait autrefois qu'une seule. En 1716, le propriétaire commun arrenta l'une des deux à l'auteur du sieur Joulain. L'acte donnait une petite portion de la cour commune au preneur; et l'on ajoutait ce qui suit, par une clause particulière : « Aussi à la charge, entre lesdites parties, de contribuer et faire bâtir à frais communs un mur de séparation entre la petite cour ci-dessus spécifiée, et celle desdits sieurs bailleurs, *ledit mur de huit pieds, ou de telle hauteur, ou largeur dont les parties conviendront à l'amiable, pour la commodité commune* ».

Le mur fut élevé jusqu'à neuf pieds on environ. Il subsista en cet état plus de soixante ans. En 1778, le sieur Rousseau qui représentait le bailleur, voulut l'élever pour y faire une construction. Le sieur Joulain s'y opposa; mais il fut débouté de son opposition par une sentence de la sénéchaussée d'Angers.

Sur l'appel, le sieur Joulain fit voir que l'entreprise du sieur Rousseau obscurcirait entièrement sa cuisine, son office et une chambre haute. Cependant la sentence de la sénéchaussée d'Angers fut confirmée par arrêt avec dépens.

V. Enfin, Pothier observe, avec raison, que l'art. 216 de la coutume de Paris forme une exception à l'art. 215 dont on vient de parler. Cette exception est l'objet du paragraphe suivant.

§. XVII. *De la destination du père de famille dans les coutumes de Paris, Orléans, Calais et Metz, où il faut qu'elle soit prouvée par écrit.*

I. On appelle *destination du père de famille*, la disposition et l'arrangement qu'il a faits dans une ou plusieurs maisons, pour sa commodité ou pour satisfaire sa fantaisie. C'est l'explication que Lalaure a donnée de ce mot, d'après Pothier et Lalande sur la coutume d'Orléans, Lamy sur celle d'Etampes, et plusieurs autres auteurs.

L'art 91 de l'ancienne coutume de Paris portait simplement que *destination du père de famille vaut titre*. Ce n'est que lors de la réformation de 1580, qu'on a ajouté à cet article, qui est le 216e de la nouvelle coutume, les mots suivans : *quand elle est ou a été par écrit, et non autrement*. La disposition pure et simple de l'ancienne coutume se retrouve encore dans quelques coutumes dont on parlera dans le paragraphe suivant.

Le procès-verbal de la nouvelle coutume de Paris porte que ces mots de l'art. 216 ont été ajoutés *pour coutume nouvelle*. Cette expression semblait indiquer clairement que les mots ajoutés n'étaient point une explication de l'ancienne coutume, mais une nouvelle disposition. Cependant on a élevé la question de savoir s'ils ne devaient pas servir de décision pour les Servitudes établies par la destination du père de famille avant la réformation. Trois arrêts des années 1588 et 1620, rapportés par Leprêtre, cent. 2, chapitre 63, et par les commentateurs sur l'art. 216 de la nouvelle coutume, ont jugé que non. Bourjon prétend néanmoins le contraire; mais il se fonde pour cela sur deux arrêts qu'il a mal entendus.

[[*V.* le §. suivant, art. 3, *note* 1.]]

Desgodets, dans ses notes sur l'art. 215, no. 1, propose un tempérament : il dit « qu'à » l'égard des Servitudes établies en termes généraux par des actes écrits avant la réfor» mation de la coutume, et dont la possession » a été conservée, elles doivent rester en leur » état jusqu'à la reconstruction des anciens » édifices qui les contiennent, auquel temps » les Servitudes cachées se doivent suppri» mer; et pour faire subsister les Servitudes » visibles, on en doit faire un procès-verbal » et description précise en bonne forme, en » présence des parties intéressées, avant de

» les démolir ; sinon, qu'elles seront aussi » supprimées ».

Cette décision est très-inexacte.

1° Il n'est point nécessaire de prouver la destination du père de famille par des actes écrits, lorsqu'elle est antérieure à la réforme de la coutume de Paris.

2° Il n'y a pas plus de raison pour supprimer les Servitudes cachées, que les Servitudes visibles, comme le dit fort bien Goupy, dans ses notes sur Desgodets ; et si un rapport d'experts suffit pour la conservation des unes, la même formalité doit suffire pour conserver les autres.

On doit bien moins s'arrêter encore à ce que dit Bornat, cité par Ferrière sur l'art. 216 de la coutume de Paris. Il prétend « tenir » de M. de Gaumont, fameux avocat, qui le » lui avait lu dans un livre dont il ne se rap- » pelle pas le titre, que la destination du père » de famille doit avoir été constituée trente » ans avant la réformation de la coutume, » sans quoi elle ne peut subsister; » et il » ajoute de son chef, que, *dans l'usage, s'il arrive qu'il soit nécessaire de rebâtir et reconstruire à neuf ces destinations, elles cessent d'être ; et l'on remet les choses suivant la coutume réformée.*

II. Quoi qu'il en soit, l'addition faite dans l'art. 216, qui avait eu pour objet de prévenir des contestations, en a fait naître de nouvelles.

Il est bien certain que cet article est une suite de l'art. 215, qu'on a examiné dans le paragraphe précédent : mais signifie-t-il la même chose ?

La plupart des commentateurs de la coutume de Paris le supposent, comme on peut le voir dans la compilation de Ferrière, dans Duplessis, Bourjon et Goupy.

« On entend par cet art. 216 de la coutume (dit ce dernier auteur), que, quand le propriétaire de deux maisons ou autres héritages, proches ou joignant l'une l'autre, vend ou aliène l'une de ces maisons ou héritages, ou par donation entre-vifs, ou qu'il les partage entre ses héritiers par testament de dernière volonté ou autrement, il peut charger l'une de ces maisons ou héritages envers l'autre, de telle Servitude qu'il lui plaît ; de même, si le père de famille n'a pas disposé de ces maisons ou autres héritages, les héritiers en faisant leur partage, les peuvent charger de Servitudes les unes envers les autres.

» On peut aussi par échange de maisons ou autres héritages, l'un pour l'autre, y établir des Servitudes ; mais dans tous ces cas, il faut que les Servitudes soient constituées expressément, et spécialement nommées et désignées, l'espèce et la forme d'icelles bien expliquées par écrit, ainsi qu'on l'a fait remarquer sur l'art. 215 précédent ; moyennant quoi, ceux qui deviennent propriétaires desdites maisons et héritages, ne se peuvent défendre de souffrir les Servitudes établies de cette sorte : au contraire, si les Servitudes n'étaient établies qu'en termes généraux, quoiqu'elles fussent par écrit, elles ne seraient pas dues et ne pourraient pas subsister, et elles seraient supprimées, comme contraires à la liberté naturelle des héritages, dans laquelle liberté les maisons et héritages sont rentrés par la confusion de la possession d'une même personne ».

Si cette interprétation de l'art. 216 était admise, Duplessis aurait eu raison de dire que ces mots, *quand la destination a été par écrit et non autrement*, opèrent le même effet que si l'on avait rayé l'article. Il faut même avouer que l'art. 22 du tit. 13 de la coutume de Metz semble autoriser cette interprétation. Cet article, qui, suivant le commentateur, a été puisé dans la coutume de Paris, porte que « disposition ou partage du père de famille, » rédigé par écrit, sert de titre, si, par icelle, » il a assujetti une partie de son héritage ou » maison à l'autre ».

Les art. 227 et 228 de la coutume d'Orléans sont littéralement semblables aux art. 215 et 216 de la coutume de Paris; mais Pothier, sur ces deux articles, bien loin de supposer qu'ils signifient la même chose, dit, dans sa seconde note sur l'art. 227, que la spécification qui y est exigée, *reçoit une exception au cas de l'article suivant ;* puis il ajoute, dans sa première note sur l'art 227 :

« Lorsque deux héritages appartiennent au même maître, le service que l'un tire de l'autre, comme lorsqu'une maison a une vue ou un égoût sur l'autre, n'est pas Servitude, *quia res sua nemini servit* (loi 26, D. *de verborum significatione*) ; c'est *destination du père de famille*. Que si, par suite, ces maisons viennent à appartenir à différens maîtres, soit par l'aliénation que le propriétaire ferait de l'une de ces deux maisons, ou par le partage qui se fera entre ses héritiers, le service que l'une de ces maisons tire de l'autre, qui était *destination de père de famille*, lorsqu'elles appartenaient à un même maître, devient un droit de Servitude que le propriétaire de cette maison a sur la maison voisine de qui la sienne tire ce service, sans qu'il soit besoin que, par l'aliénation qui a été faite de l'une de ces deux

maisons, ou par le partage, cette Servitude ait été expressément constituée.

» La raison en est que la maison qui a été aliénée, est censée l'avoir été en l'état qu'elle se trouvait; et pareillement que, lorsqu'elles ont été partagées, elles sont censées l'avoir été telles et en l'état qu'elles se trouvaient, et, par conséquent, l'une comme ayant la vue, l'égoût, etc.. sur l'autre, et l'autre doit, souffrant cette vue, cet égoût, etc.; ce qui suffit pour établir la Servitude C'est ce que signifie notre coutume par ces termes, *destination de père de famille vaut titre.* »

Enfin, dans sa note, 2, cet auteur interprète ainsi ces mots *par écrit:*

« Le sens est que celui qui prétend un droit de Servitude sur la maison voisine, en conséquence d'une destination de père de famille, doit, si le voisin disconvient de cette destination, en avoir la preuve par écrit, et il n'est pas admis à la preuve par témoins.

» Par exemple, s'il s'agit d'un droit de Servitude de vue et d'égoût, il doit avoir la preuve littérale que la fenêtre et l'égoût appartenaient au même maître; ce qui peut s'établir par le marché par écrit qui aurait été fait pour la construction, par les quittances des ouvriers, ou par quelqu'acte qui contiendrait une description de ces maisons, dans laquelle la fenêtre ou l'égoût seraient énoncés ».

Tel paraît être le véritable sens des art. 215 et 216 de la coutume de Paris, et des art. 227 et 228 de la coutume d'Orléans. Le premier de ces articles exige que, dans un acte d'aliénation, le père de famille spécifie, de manière à ne pas s'y méprendre, les Servitudes qu'il voudrait avoir le droit de constituer à l'avenir sur celle dont il fait l'aliénation. Mais si ces Servitudes existaient déjà lorsque les deux maisons étaient dans ses mains (sinon comme Servitudes, au moins comme destination de père de famille), il suffit, pour les conserver, soit par lui-même ou par l'acquéreur, quand il a vendu l'une des deux maisons, soit par ses héritiers ou ses légataires, lorsqu'ils en font le partage, qu'il y ait une preuve par écrit de l'existence de ces arrangemens de famille, pour qu'ils forment de veritables Servitudes, quand bien même il n'en serait rien dit dans le contrat, le testament ou le partage qui a mis les deux maisons dans des mains différentes.

A plus forte raison, n'est-il pas nécessaire que la Servitude soit spécifiée de la manière prescrite par l'art. 215 de la coutume de Paris.

III. Au surplus, la nécessité d'une preuve par écrit, n'est pas moins certain pour les Servitudes visibles qui ont été établies par la destination du père de famille, que pour les Servitudes occultes ou cachées, quoiqu'en dise l'auteur du manuscrit joint au grand commentaire de Ferrière. Les raisons qu'il en donne ne peuvent prévaloir contre le texte de l'art. 216, qui exige absolument cette preuve par écrit.

IV. On ne doit pas non plus s'arrêter à ce que disent Tronçon et Tournet sur l'art. 216, « qu'avenant le partage de deux maisons, les » vues et autres Servitudes demeureront se» lon la destination du père de famille; et ne » pourra l'un des co-partageans être tenu de les boucher ». Les arrêts qu'ils citent, ont été rendus dans l'ancienne coutume, qui n'exigeait pas la preuve par écrit de la destination du père de famille.

V. Brillon, au mot *Servitude*, cite, d'apres Maillard, un arrêt du 22 août 1712, rendu pour la coûtume du Maine, qui juge « que les » Servitudes existantes doivent être réser» vées nommément dans les partages; sinon, » qu'elles doivent s'ôter, nonobstant une pos» session postérieure ».

Cette règle reçoit néanmoins une exception dans le cas où le propriétaire de la maison voisine conviendrait de la destination du père de famille. On peut argumenter pour cette décision, de l'arrêt du 29 mars 1760, qui est rapporté dans le §. précédent, n° 3.

VI. Lalaure pense avec raison que la destination du père de famille, lors même qu'elle n'est pas justifiée par écrit, peut être utile dans certaines espèces douteuses et non exprimées.

Voici un des exemples que donne Lalaure à cette occasion, et qui se trouvent dans les notes jointes au grand commentaire de Ferrière sur la coutume de Paris:

Je suis propriétaire de la maison blanche et de la maison rouge qui se touchent; les eaux de la maison blanche s'écoulent par des conduits de plomb qui sont visibles, dans la cour de la maison rouge; et il y a un cabinet dépendant de la maison rouge, qui avance en saillie sur le jardin de la maison blanche. Par mon testament, je lègue ma maison blanche à Paul, et ma maison rouge à Pierre, à condition par eux d'en jouir dans l'état où elles sont. « Alors (dit Lalaure), quoique les Ser» vitudes ne soient pas absolument désignées » par écrit, le testament qui fait le titre de » propriété des légataires, venant au secours » de la destination du père de famille, je pense » que les Servitudes d'égoûts et saillies doi» vent subsister, parce que l'obstacle que l'un

» des légataires mettrait à ces Servitudes, se-
» rait une contravention à la condition sous
» laquelle la propriété de ces maisons leur est
» passée à titre de legs; *secùs*, s'il s'agissait
» d'une autre Servitude qui ne serait tracée
» par aucune distinction apparente, telle que
» celle de passage »

Il n'est pas douteux qu'en pareil cas, le testament suffit pour attribuer ces Servitudes aux deux légataires, puisqu'au moment où le legs est fait, les Servitudes, sont de simples destinations du père de famille. Mais comme elles deviennent de véritables Servitudes, lorsqu'on recueille les legs ou qu'on en obtient la délivrance, il est nécessaire alors de faire constater cette destination par écrit : autrement, on pourrait opposer dans la suite au légataire l'art. 216 de la coutume de Paris, qui ne permet pas de prouver par témoins cette destination, c'est-à-dire, l'existence de la Servitude au temps où les deux maisons étaient dans une seule main.

Il faudrait décider la même chose dans le cas où l'une des deux maisons seulement aurait une Servitude sur l'autre. Quelques auteurs ont, à la vérité, prétendu qu'il fallait faire une distinction entre ces deux cas ; et que, lorsqu'il y a des Servitudes réciproques de la part de chacune des deux maisons sur l'autre, ces Servitudes devaient s'entretenir, lors même qu'elles n'étaient pas constatées par écrit, *parce que, si l'une des maisons voulait s'affranchir de souffrir la Servitude de l'autre, elle perdrait aussi son droit, et s'en trouverait incommodée.*

Cette conséquence n'est pas contestable ; mais il n'en est pas moins certain que si les lieux restent dans le même état, ce ne peut être à titre de Servitude, mais seulement parce que cela convient également aux deux voisins, en sorte que, si l'un des deux trouve plus avantageux de faire supprimer l'ouvrage que son voisin avait sur sa maison, il en a *bien le droit, sauf à souffrir le même retran*chement de la part du voisin. Telle est la décision de Desgodets, dans ses observations sur l'art. 216, nº 9.

VII. Une dernière observation qu'on doit faire sur l'art. 216 de la coutume de Paris, c'est qu'il n'exige pas précisément qu'on rapporte la preuve actuelle par écrit de la destination du père de famille. Il porte que cette destination vaut titre, *quand elle est* OU A *ÉTÉ par écrit.*

Desgodets, qui trouve avec raison que ces mots *ou a été* sont obscurs, ne pense pas qu'on doive s'en rapporter à des témoins qui diraient l'avoir vu ; mais il n'explique point clairement quel est le sens de ces mots *ou a été.*

Lalande, sur l'art. 228 de la coutume d'Orléans, croit, au contraire, que, dans le cas où les écrits qui établissent la destination du père de famille, seraient perdus, on pourrait être admis à prouver qu'ils ont existé, par des témoins qui les auraient vus et lus. Mais Pothier, dans ses notes sur le même article, observe que « cette interprétation ne doit » être admise qu'avec restriction, dans le cas » auquel il serait survenu quelqu'incendie, » ruine, ou autre cas semblable, qui eût causé » la perte des titres et eût rendu nécessaire » cette preuve testimoniale ; hors ces cas » (dit-il), elle ne doit pas être admise : autre- » ment, la loi qui rejette la preuve par té- » moins et exige une preuve par écrit de la » destination du père de famille, serait élu- » dée, étant aussi facile de trouver de faux » témoins qui déposent qu'ils ont vu quelque » acte qui l'établissait, comme d'en trouver » qui déposent de l'état même des maisons » au temps qu'elles appartenaient au même » maître.

L'auteur des notes imprimées en 1711 sur la même coutume d'Orléans, sous le nom de Fournier. Ferrière, sur l'art. 216 de la coutume de Paris, Danty, dans ses additions sur Boileau, part. 1, chap. 15, nº. 15, et chap. 17, nº. 25 et Lalaure, liv. 3, chap. 9, paraissent être du même avis. [[*V.* l'article *Preuve*, sect. 2, §. 3, art. 1, nº 25.]]

VIII. Il n'y a aucune différence, sur tous ces points, entre les coutumes de Paris, d'Orléans et de Calais. Mais quoique celle de Metz paraisse encore plus rigoureuse dans la manière dont elle s'exprime, tit. 13, art. 22, sur la nécessité de prouver par écrit la destination du père de famille, l'auteur anonyme des notes sur cette coutume, imprimées en 1732 et 1769, observe que cette preuve n'y est pas toujours nécessaire. « Nous avons (dit-il) des marques » réelles qui dénotent les Servitudes ; comme, » par exemple, des battemens au dehors, ou » des chenaux et gouttières ; il est d'usage que, » lorsqu'il y a de ces sortes de marques, les » choses restent dans leur état, si, par le par- » tage ou la disposition, il n'y a pas de clause » contraire. *V.* Legrand sur l'art. 61 de la » coutume de Troyes, gl. 6, no. 9, où il établit » ces principes, qui peuvent être appliqués à » notre coutume ».

Il est certain surtout que cela ne peut pas faire de difficulté, lorsqu'il s'agit d'une Servitude continue, dont on a joui paisiblement *vingt ans et vingt jours, au vu et su du voisin*, puisque l'art. 1 du même titre de la cou-

tume de Metz admet la prescription de ces sortes de Servitudes dans ce cas là. L'art. 2, au contraire, n'admet la prescription pour les Servitudes discontinues, que depuis la contradiction du propriétaire voisin; et comme il met expressément les conduits d'eau et égoûts dans la classe des Servitudes discontinues, on pourrait douter si ce que dit l'annotateur sur les chenaux et gouttières, doit s'observer. Mais voyez le §. 25.

§. XVIII. *De la destination du père de famille dans les autres coutumes.*

On peut rapporter à trois classes principales, relativement à la destination du père de famille, toutes les coutumes autres que celles de Paris, Calais, Orléans et Metz, dont on vient de parler dans le §. précédent. La première classe comprend les coutumes qui admettent la destination du père de famille, sans preuve par écrit, en cas de partage seulement; la seconde comprend celles qui admettent cette destination dans tous les cas, sans exiger la preuve par écrit; et la troisième enfin comprend les coutumes muettes.

ART. I. *Coutumes qui admettent les Servitudes par destination du père de famille, sans preuve par écrit, en cas de partage seulement.*

I. Les coutumes de Loudunois, chap. 21, art. 1, de Normandie, art. 607, et de Touraine, art. 212, sont, à ce qu'il paraît, les seules de cette classe.

Les coutumes de Loudunois et de Touraine sont presque absolument semblables à cet égard. La première dit: « Vues et agouts » (c'est-à-dire, égoûts) de maisons, par quelque » temps qu'ils aient été maintenus, ne portent » point de saisine; sinon que par paction faite » entre les parties, l'une soit tenue de porter » l'agout de l'autre, ou *qu'en partage et division fait d'aucunes choses communes, dont l'une chose sert à l'autre, y a aucunes vues ou agouts desdites choses partagées; audit cas, lesdits vues et agouts demeurent en l'état qu'ils étaient au temps desdits partages, sinon qu'expressément soit dit le contraire, en faisant lesdits partages et divisions* ».

La coutume de Touraine, après avoir proscrit la possession même centenaire, ajoute: « sinon que, par paction faite entre les parties, l'un soit tenu porter l'esgout, ou souffrir » la vue de l'autre, ou que, par partage et » division faite d'aucunes choses communes, » l'une serve à l'autre; èsquels cas, demeurent en leur état, *si par ledit partage n'est dit au contraire* ».

Enfin, la coutume de Normandie dit aussi: « En faisant partage ou division entre cohéritiers ou personniers de choses communes, » dont l'une partie sert à l'autre, les vues et » égoûts demeurent comme ils sont lors du » partage, *si, par les lots et partages, il n'est expressément dit du contraire* ».

Ces derniers mots prouvent assez qu'il n'est point nécessaire que le partage fasse mention des Servitudes, pourvu qu'il ne les exclue pas nommément, et qu'il soit prouvé que les deux maisons ont appartenu au même propriétaire dans l'état que supposent ces Servitudes.

Tel est l'avis des principaux commentateurs de la coutume de Normandie, Basnage, Bérault, Godefroy et Pesnelle. Cependant celui-ci après avoir dit que *le partage est un titre légitime pour constituer des Servitudes, encore qu'il n'y en ait rien expressément stipulé par l'acte des partages*, ajoute immédiatement: « Il est donc à propos que les partageans qui n'ont point spécifié ni désigné les » Servitudes qu'ils ont sur la part de leurs » copartageans, fassent faire des descriptions » ou des procès-verbaux de l'état auquel est » l'héritage lors du partage, afin d'être précautionnés contre les difficultés qu'il pourrait » y avoir à en faire la preuve dans la suite du » temps; vû principalement que, par l'art. » 527, *nul n'est tenu d'attendre preuve de son héritage par témoins*, et qu'il est requis une » preuve par écrit, qui soit tout au moins sous » la signature privée de ceux qui ont contracté » ensemble; à quoi sont conformes les art. » 215 et 216 de la coutume de Paris ».

Mais ne peut-on pas dire que l'état des lieux, joint à la disposition de la coutume, forme une présomption en faveur des Servitudes, lorsqu'il est prouvé par l'acte de partage, que les deux maisons ont appartenu au même propriétaire? Tel paraît être l'esprit de la coutume de Normandie.

II. Au reste, on ne doit pas douter que ces trois coutumes n'aient entendu comprendre dans leurs décisions, toutes les espèces de Servitudes dont l'objet se manifeste à la vue, quoiqu'elles ne parlent que des vues et égoûts.

Cela ne peut guère être douteux pour les coutumes de Touraine et de Loudun.

Le titre dont ces deux articles sont les premiers, est intitulé: *des vues et égoûts de maisons, et autres Servitudes*; et il ne contient qu'un autre article relatif à une seule espèce de Servitudes, les latrines. Or, l'ancienne coutume de Touraine portait en titre, les mots

suivans : *Des vues, égoûts de maisons et latrines ;* et l'on voit dans le procès-verbal de réformation de 1559, « qu'à la fin de ladite » rubrique ont été, de l'avis desdits états, mis » ces mots, *et autres Servitudes*, au lieu de ces » mots, *et latrines* ».

Pesnelle donne la même décision sur l'art. 609 de la coutume de Normandie : « Les Ser- » vitudes de vues et d'égoûts (dit-il) se doivent » interpréter dans cet art. 609, comme elles » l'ont été dans le 607, non comme limitati- » ves, mais comme des exemples démonstra- » tifs des Servitudes plus ordinaires et plus » connues ; et partant, il faut dire qu'au cas » de ce même art. 609, toutes choses géné- » ralement, à l'égard des Servitudes, demeu- » rent comme elles étaient lors du partage, » s'il n'est autrement dit et expressément ».

III. Il est clair au surplus que, dans les coutumes de cette classe, la preuve des Servitudes par la destination du père de famille, qu'elles ne prononcent que dans le cas du partage de plusieurs maisons communes, ne peut pas avoir lieu, lorsque le propriétaire de deux maisons contiguës en aliène une à titre particulier. L'art. 620 de la coutume de Normandie contient une disposition expresse à cet égard : « Quand aucun (y est-il dit), met hors de ses » mains partie de sa maison, ou une maison » qui a vue et égoûts ou autres Servitudes sur » une autre qu'il retient à soi, il doit spéciale- » ment et nommément déclarer quelles Servi- » tudes il retient sur l'héritage qu'il met hors » de ses mains, ou quelles il continue sur le » sien, tant pour l'endroit, grandeur, hauteur, » mesure, qu'espèce de Servitude; autrement, » l'héritage vendu demeurera libre, au préju- » dice du vendeur ».

L'article suivant fait néanmoins une distinction assez embarrassante, et qui ne doit pas être admise hors de la coutume de Normandie : « Et pour le regard de la maison retenue » par le vendeur (y est-il dit), les choses de- » meureront en l'état qu'elles étaient ».

Basnage rapporte, sur cet article, un arrêt du 7 juin 1666, qui a jugé que le fieffataire ou preneur d'une partie de maison ainsi fieffée ou baillée à rente, ne pouvait pas faire boucher les vues de la maison retenue par le bailleur, quoiqu'il ne les eût pas expressément réservées par le contrat.

Cet arrêt semble d'abord contraire à la disposition de l'art. 620, qui veut que le vendeur énonce toutes les Servitudes qu'il retient sur la partie de maison qu'il aliène.

Pesnelle propose deux moyens différens pour sauver cette contradiction.

Le premier est de dire que les Servitudes visibles sont conservées au bailleur, parceque l'acquéreur est présumé avoir consenti à une Servitude qu'il n'a point ignorée, et contre laquelle il n'a pas néanmoins réclamé.

Le second moyen est que l'arrêt n'a point reconnu directement une Servitude de vue en faveur du bailleur sur la maison aliénée, mais qu'il a jugé seulement qu'on ne pouvait pas l'obliger à boucher les fenêtres qui lui donnaient une vue sur cette maison ; « En quoi » (dit-il), y a bien de la différence, parcequ'en » maintenant lesdites fenêtres, on jugeait que la » maison que le bailleur retenait en ses mains, » demeurerait au même état qu'elle était lors » du contrat ; conformément audit art 620. » Mais en lui attribuant une Servitude de vue, » on aurait manifestement contrevenu à l'art. » 619, qui dispose que l'héritage aliéné de- » meure libre des Servitudes qui n'ont point » été expressément réservées, et au préjudice » de celui qui a fait l'aliénation ; de sorte qu'on » doit dire que, par ledit arrêt, le preneur à » fieffe ne pouvait pas faire fermer les fenêtres » qui étaient en la maison retenue par le bail- » leur, et que néanmoins cela ne le privait pas » du droit de faire bâtir et élever une muraille » par laquelle la vue sur son fonds serait em- » pêchée ; ce qu'on ne peut pas faire quand il » y a servitude de vue, dont l'effet propre est » de priver le propriétaire du fonds servant de » rien innover qui empêche l'usage de la Ser- » vitude ».

Cette dernière interprétation est assez conforme au résultat des art. 619 et 620.

Art. II. *Coutumes qui admettent les Servitudes par la destination du père de famille, sans exiger de preuve par écrit dans tous les cas.*

Ces coutumes sont celles de Dourdan, art. 72; d'Etampes, art. 73; de Melun, art. 189; de Montfort-l'Amaury, art. 84; de Reims, art. 350; et de Sedan, art. 379.

Ces coutumes disent simplement, comme l'ancienne coutume de Paris, *que disposition et destination de père de famille vaut titre.* Elles ont été toutes rédigées ou reformées dans leur état actuel, depuis 1556 jusqu'en 1568, c'est-à-dire, trente ou quarante ans avant la réformation de la coutume de Paris.

II. Cette circonstance et la prohibition des ordonnances sur la preuve testimoniale, ont fait douter si l'on ne devait pas y suppléer l'addition faite dans l'art. 216 de cette der-

nière coutume, qu'il fallait que la destination, *fût ou eût été par écrit.*

Champy, sur la coutume de Melun, Lamy sur celle d'Etampes, Thourette, sur celle de Montfort-l'Amaury, et Buridan, sur celle de Reims, pensent que non.

Thourette dit *qu'il l'a ainsi soutenu pour le nommé Rousseau, contre son frère, laboureur à Epernon;* mais il ne dit point ce que cette contestation est devenue.

Lamy dit également *qu'il l'a ainsi soutenu* sur une Servitude d'égoût entre deux hôtelleries, en la prévôté d'Etampes, où l'affaire « avait été appointée et ensuite abandonnée ». Il ajoute l'avoir fait juger pour Jean Guistard, contre Pierre Adrien, par sentence de la prévôté, confirmée par une autre du bailliage, du mois d'août 1698, dont il n'y a pas eu d'appel.

Buridan se contente de dire *que, si l'on y requiert l'écriture, ce ne sera chose équipollente, mais véritablement un titre.*

Lalaure adopte ces décisions. Il se fonde principalement pour cela, sur la jurisprudence des arrêts qui ont jugé, depuis la réformation même de la coutume de Paris, que la destination du père de famille n'avait pas besoin d'être écrite dans l'ancienne coutume. Il conclud de là qu'on doit observer la même jurisprudence dans ces six coutumes, et *admettre que la construction des lieux, pendant un temps immémorial, tient lieu de titre.* « On ne doit pas (dit-il) étendre la rigueur de la loi au-delà de ces termes; et il est » à présumer que, si les rédacteurs de ces coutumes eussent entendu exiger la destination « par écrit, ils n'auraient pas manqué de l'insérer dans leurs cahiers; ne l'ayant point fait, » leur silence à cet égard forme une preuve » qu'ils ont entendu admettre la destination du » père de famille purement et simplement ».

Ce raisonnement n'est pas décisif à beaucoup près.

Et d'abord, quand il serait reconnu que les coutumes peuvent déroger aux ordonnances dans ces matières, l'ordonnance de Moulins, qui la première a défendu d'admettre la preuve par témoins en matière civile au-delà de 100 livres, est de l'année 1566; et toutes les coutumes de cette classe, à l'exception de celle de Sedan, ont été reformées quelques années auparavant. Il n'est donc pas prouvé que la disposition de ces coutumes puisse être opposée à l'art. 54 de cette ordonnance, quand on admettrait que les dispositions des coutumes rédigées postérieurement pourraient prévaloir sur cette loi.

L'argument tiré de la jurisprudence des arrêts rendus depuis la réformation, pour des Servitudes qui existaient auparavant sans titre, en vertu de la destination du père de famille, paraît beaucoup plus concluant, surtout s'il était constant que quelques-unes de ces Servitudes eussent été établies depuis l'ordonnance de Moulins.

Il faut faire, je crois, une distinction: lorsqu'il est constaté par un partage que les maisons ont appartenu au même propriétaire, et qu'on ne rapporte pas la preuve par écrit que l'établissement des Servitudes est postérieur au partage, elles doivent subsister, sans qu'il soit besoin même de recourir à la preuve testimoniale. La présomption naturelle est alors que les lieux existaient dans l'état où ils sont, dès le temps du partage; et il est surtout incontestable que ce partage, joint à la disposition de la coutume, forme un commencement de preuve par écrit, qui suffirait, aux termes des ordonnances, pour faire admettre la preuve testimoniale. Mais s'il n'y a pas de preuve écrite de la réunion des deux maisons dans la même main, l'admission de la preuve testimoniale de ce fait et de la destination du père de famille, paraîtrait contraire aux ordonnances.

A plus forte raison ne doit-on pas dire indéfiniment avec Lalaure, que *la construction des lieux pendant un temps immémorial, tient lieu de titre.* Cela ne doit être admis que dans le cas où il est prouvé par titre que les deux maisons ont appartenu au même propriétaire, puisque c'est cette co-propriété seule qui peut faire admettre la présomption de la destination du père de famille; et dans ce cas-là, il suffit que la construction des lieux ne soit pas prouvée postérieure à la séparation des deux maison.

Ce principe rend inutiles toutes les restrictions que Lalaure lui-même a cru devoir apporter à sa décision.

ART. III. *Coutumes muettes.*

Le plus grand nombre des coutumes de France n'ayant aucune disposition sur cet objet, on a douté si l'on y devait admettre la destination du père de famille ou la rejetter.

Pour l'y faire admettre, on peut dire que la destination du père de famille est une preuve tirée de la raison même; qu'elle se trouve consignée dans plusieurs lois romaines, comme dans la coutume de Paris, qui forme le droit commun des pays coutumiers en matière de Servitudes; enfin, qu'il n'est pas présumable qu'un homme souffre pendant vingt

ans et trente ans, des vues, des portes et des fenêtres sur sa maison, s'il n'y est obligé.

On peut dire au contraire que les Servitudes étant extrêmement défavorables, il n'est pas vraisemblable qu'on eût oublié d'exprimer la destination du père de famille dans ces coutumes, si l'on eût voulu qu'elle eût été suffisante pour les y acquérir.

Lalaure, liv. 3, chap. 10, pose d'abord pour règle générale, que la destination du père de famille doit être rejetée dans les coutumes qui n'en parlent pas, lors du moins qu'elles rejettent la prescription sans titre ou sans contradiction. « Car enfin (dit-il) il n'y a point de » Servitude dont l'usage constaté par un ou» vrage existant, ne fût présenté comme une » destination du père de famille. Voudrait-on » se procurer des droits de passage, de vue, » d'égoût? On alléguerait que les portes, les » fenêtres, les tuyaux, seraient la destination » du père de famille; par une fausse maxime, » on éluderait le texte de la loi par la loi mê» me; et l'on se procurerait des Servitudes » sans en avoir de titre, malgré la prohibition » formelle portée par la coutume ».

Le même auteur pense néanmoins que, dans les coutumes qui admettent la prescription, « la destination du père de famille, quoi» que non exprimée, peut être invoquée, et » même qu'elle est essentielle et qu'elle aide » beaucoup à établir la possession ».

Il croit aussi que, dans les coutumes qui admettent la possession immémoriale, on peut, après cent ans de jouissance, invoquer la destination du père de famille; et qu'après trente années de possession d'une Servitude continue, la destination du père de famille serait présentée avec succès, dans les coutumes qui admettent la prescription en fait de Servitudes continues; en sorte que, lorsqu'on veut faire suppléer le titre par la destination du père de famille, dans les coutumes qui n'en parlent point, il faut examiner auparavant si elles ne l'excluent point par quelques dispositions particulières, qui, sans parler de la destination, peuvent s'y appliquer; et il faut toujours se conformer à ce qu'elles prescrivent en général, parcequ'on ne peut déroger à une loi générale, qu'il n'y ait une restriction expresse.

Ainsi (continue Lalaure), « dans les coutu» mes qui ne parlent point de la destination » du père de famille, c'est l'article qui fixe la » manière d'acquérir les Servitudes, qui doit » servir de loi pour savoir si l'on peut invo» quer ou ne pas invoquer le titre muet; et si » la coutume ne parle point du tout des Ser» vitudes, il faudra, quant à la destination du » père de famille, suivre les mêmes maximes ».

« On voit que, dans cette décision assez confusément énoncée, Lalaure semble supposer que la distinction du père de famille ne peut avoir d'effet que pour opérer la prescription, comme le pourrait faire un titre d'acquisition passé par celui qu'on croyait propriétaire de l'héritage servant. Cet auteur conclud, en conséquence, d'après Pocquet de Livonière, Chopin et Loys de Malicotte, sur les coutumes d'Anjou et du Maine, que la destination du père de famille, quoique non écrite dans ces coutumes, pourrait y suppléer le titre, attendu que, par les art. 450 et 463, il est dit que les Servitudes urbaines ne peuvent s'acquérir sans le consentement des parties, *apparaissant par lettres ou autres preuves suffisantes*. Lalaure pense « que la destination » visible du père de famille est une preuve » suffisante de la constitution de la servitude; » et par conséquent, qu'elle vaut titre dans les » coutumes d'Anjou et du Maine, et dans tou» tes celles qui ont une semblable disposition».

Mais ce n'est point là l'effet de la règle, *destination du père de famille vaut titre*. Dans les coutumes qui l'admettent, elle ne donne pas seulement la faculté de prescrire; elle donne immédiatement la propriété de la Servitude, dès le moment que les deux maisons ne sont plus dans la même main. Il est même remarquable que la plupart des coutumes où cette règle se trouve établie, rejettent, de la manière la plus expresse, toute prescription des Servitudes.

Comme l'art. 216 de la coutume de Paris n'est point relatif au système particulier de cette coutume, mais le résultat d'une jurisprudence fondée sur ce qui a semblé le moins sujet à des inconvéniens, il paraît plus sage et plus conforme à l'uniformité des jugemens, de prendre cet article pour règle générale dans toutes les coutumes qui n'ont point de dispositions contraires, quelles que soient d'ailleurs les règles qu'elles ont adoptées sur la prescription en général, ou sur celle des Servitudes en particulier.

Pitou et Legrand, sur l'art. 61 de la coutume de Troyes, rapportent un arrêt du 16 mars 1585, qui y a admis la destination du père de famille, quoique cet article exige un titre exprès pour les Servitudes, en rejetant toute espèce de prescription.

L'Hoste, sur la coutume de Montargis, tit. 10, art. 1, en cite un autre du 15 avril 1589, rendu pour la coutume de Dreux, dont l'art. 68 décide la même chose.

Lalaure lui-même, liv. 3, chap. 9, cite deux

arrêts qui peuvent servir à confirmer le sentiment qu'on vient de proposer.

Le premier, qu'on trouve aussi au *Journal du palais*, a été rendu pour la ville de Lyon, qui est en pays de droit écrit, mais dans le ressort du parlement de Paris.

Il s'agissait de quatre grands larmiers (sorte de fenêtre ébrasée, telle qu'on en pratique aux caves et aux cuisines) et de deux demi-croisées que le sieur Le Proust avait ouvertes dans le mur qui séparait sa maison d'avec celle du sieur Thibaut Le Quint. Ce mur avait été élevé en deux différens temps. Il y avait des larmiers et une croisée dans chaque partie. Mais les larmiers et demi-fenêtres placés dans le mur dernier construit, n'étaient ni barrés ni vitrés.

Le sieur Le Proust prétendait faire résulter de ces circonstances, la preuve que les deux maisons avaient appartenu au même propriétaire, qui les avait ainsi réglées par destination de père de famille. « Il a fallu (disait-il) » l'autorité d'un même propriétaire, qui a voulu » élever une maison pour lui donner des jours, » et assujétir l'autre à ne pouvoir nuire aux jours de celle qu'il a voulu prédominer ». C'était là l'unique preuve que le sieur Le Proust donnait de la destination du père de famille.

Le sieur Le Quint prétendait, au contraire, qu'il pouvait contraindre le sieur Le Proust à boucher les quatre larmiers et les deux croisées.

Par sentence des requêtes du palais, du 21 février 1673, le sieur Le Proust fut condamné *à boucher les larmiers et les fenêtres, et à souffrir l'exhaussement du mur mitoyen*; et sur l'appel, le procès ayant été distribué à la troisième chambre des enquêtes, il intervint, au rapport de M. Le Nain, arrêt du 21 août, qui confirma la sentence des requêtes du palais, et néanmoins condamna Le Quint, suivant ses offres, à rembourser la moitié de l'estimation du surhaussement de sa maison, pour lequel il se servirait du mur commun, suivant l'usage des lieux et *la coutume de Paris*, « sauf, en cas que ledit mur ne se trouvât » pas assez fort, de contribuer entre les parties, pour raison de ce dont elles seraient » tenues, à la réfection d'icelui ». Le même arrêt adjugea des dommages-intérêts au sieur Le Quint (1).

Le second arrêt est celui du 22 août 1712, dont on a déjà parlé dans le §. précédent. Il a jugé que, si, par un partage de maison du père commun, les servitudes existantes ne sont point réservées, elles ne peuvent subsister, nonobstant la destination apparente et la possession postérieure.

Il est remarquable que cet arrêt a été rendu dans la coutume du Maine, où, suivant Lalaure même, la destination visible du père de famille est une preuve suffisante de la constitution de la Servitude, et vaut titre. Si donc ni la destination apparente ni la possession postérieure n'ont été adoptées, c'est que la nouvelle coutume de Paris, qui forme à cet égard le droit commun, exige que cette destination ait été constatée par écrit, et qu'elle ne l'était point dans cette espèce.

L'arrêt du parlement de Flandre, que Lalaure rapporte, liv. 3, chap. 8, rentre encore dans les mêmes principes.

Le Febvre et sa femme avaient acheté deux maisons contiguës à Tournai. La veuve Le Febvre, à qui la moitié des deux maisons appartenait à titre de communauté, avait de plus l'usufruit de l'autre moitié. Elle épousa le sieur Gaumont, procureur, avec lequel elle habita ces deux maisons, « dans chacune des- » quelles, il y avait, le long du mur qui les sé- » parait, un petit ruisseau (ou conduit) venant » de la cour, qui traversait deux chambres par » bas, pour conduire les eaux de chaque mai- » son dans la rue ».

Caumont fit son étude dans la chambre sur la rue, dépendante de la petite maison, « et, » pour la rendre plus propre, il perça la mu- » raille de séparation, pour faire passer les » eaux du ruisseau de la petite maison par le » ruisseau de la grande, en sorte que, par ce » moyen les eaux de la grande ne coulaient » plus dans son étude ».

Les choses restèrent en cet état deux ou trois ans; mais en 1672, la propriété d'une moitié et l'usufruit de l'autre moitié des deux

(1) Bourjon, tome 2, liv. 4, tit. 1, chap. unique, n°. 4, cite aussi cet arrêt et un autre semblable du 10 mai 1684, rapporté au cinquième volume du Journal des audiences, liv. 1, chap. 7. Il en conclud que *la simple destination du père de famille est à présent inefficace dans le cas même qu'on alléguerait que la construction a été faite avant la réformation de la coutume*. Mais ce n'était point là la question jugée par ces arrêts : ils ont seulement décidé que la possession de la servitude ne faisait pas présumer la copropriété des deux maisons, et par conséquent *la destination du père de famille*, quoiqu'elle fût antérieure à la réformation de la coutume de Paris.

C'est l'observation de l'auteur du *Journal du Palais*. Il ajoute que, dans l'espèce, on convenait du principe « que les Servitudes constituées avant la ré- » formation de la coutume de Paris, s'établissaient par » la destination du père de famille même non écrite, » en quoi les arrêts ont suivi cette maxime triviale : » *lex futuris, non præteritis dat formam negotiis* ».

maisons furent adjugés à Antoine Barlaymont; la propriété de l'autre moitié resta toujours aux enfans du premier lit de la femme Caumont.

En 1691, la femme Caumont étant décédée, les deux maisons furent mises en licitation et vendues séparément. Lucas acheta la petite, et Deschamps la grande, cinq jours après. On n'avait point encore changé l'état des lieux; et les deux maisons avaient été vendues *ainsi qu'elles s'étendaient et se comprenaient.*

Deschamps ayant fait boucher le trou que Caumont avait ouvert dans le mur mitoyen, Lucas le fit rouvrir : Deschamps se pourvut, pour le faire fermer, devant les mayeur et échevins de Tournai.

« Lucas disait que son contrat d'acquisition, » ainsi que celui de Deschamps, lui servait » de titre, puisqu'ils avaient tous deux acheté » les maisons ainsi qu'elles s'étendaient et se » comprenaient; ce qui déterminait l'état » des choses, et assujétissait respectivement » les fonds à ce à quoi ils se trouvaient sujets » lors de l'achat. Deschamps soutenait, au » contraire, que les clauses, *ainsi qu'elles s'é-* » *tendent et ce comprennent,* étaient de style, » et qu'il était contraire à l'interprétation des » lois, d'en vouloir induire aucune Servitude; » qu'il fallait une clause expresse, et que les » clauses ordinaires étaient trop générales » pour assujétir un fonds.

Les mayeur et échevins ayant, par sentence du 13 juillet 1693, admis Lucas à prouver que ce trou était une destination du père de famille, sauf à Deschamps de faire la preuve contraire, ce dernier en interjeta appel par-devant les prévôt et jurés, qui, par sentence du 25 septembre 1693, le déclarèrent *bon appelant et mal fondé au principal.* Deschamps ayant encore interjeté appel de ce jugement, par l'arrêt cité, *l'appellation et sentence furent mises au néant; et faisant droit par nouveau jugement, il fut ordonné à Lucas de retirer ses eaux, et permis à Deschamps de boucher le trou dont il s'agissait.*

On voit que, dans cette affaire, les deux tribunaux de première instance avaient admis la destination du père de famille. Si le parlement de Flandre la rejeta, c'est parcequ'elle ne paraissait point constatée par écrit, et que d'ailleurs Caumont et sa femme, qui n'avaient la propriété que d'une moitié de ces maisons, avec l'usufruit de l'autre, n'avaient pas eu le droit d'y faire des arrangemens durables, à titre de destination de père de famille.

Belordeau rapporte aussi, dans ses *Controverses*, part. 2, liv. 7, controv. 80, un arrêt rendu le 14 mai 1611, au parlement de Bretagne, qui prouve que la destination du père de famille y est pareillement admise; mais comme il n'en donne point l'espèce, on ne voit pas s'il y est nécessaire qu'elle soit reconnue ou constatée par écrit, ou s'il suffit qu'elle résulte de l'état des lieux, et qu'on puisse la prouver par témoins.

Enfin, Loysel, dans ses Institutes, titre *des Servitudes*, regle 12, a aussi inséré la maxime, *destination de père de famille vaut titre.*

[[§. XIX. *De la destination du père de famille suivant le Code civil.*

I. Après avoir dit, art. 690, que les Servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre ou par la possession de trente ans; et art. 691, que les Servitudes continues non apparentes, et les Servitudes discontinues, apparentes ou non, ne peuvent s'établir par aucune espèce de possession, même immémoriale, mais seulement par titres, le Code civil ajoute:

« Art. 692. La destination du père de famille vaut titre, à l'égard des Servitudes continues et apparentes.

» 693. Il n'y a destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la Servitude.

» 694. Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de Servitude, dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la Servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné ».

Ces trois articles donnent lieu à quelques observations importantes.

II. D'abord, il y a entre les deux premiers et le troisième, une différence essentielle : les deux premiers ne portent que sur les Servitudes qui sont tout-à-la fois *continues et apparentes*; le troisième comprend toutes les Servitudes apparentes, n'importe qu'elles soient continues ou non.

III. A cette différence, ne faut-il pas en ajouter une autre?

Il est certain que, par la destination du père de famille dont parlent les art. 692 et 693, il peut s'établir des Servitudes qui n'existaient pas avant que les deux héritages fussent réunis dans une seule main.

En est-il de même de celle dont parle l'art. 694? Cet article ne doit-il pas au contraire être restreint en ce sens, que la destination du

père de famille, dans le cas qui y est prévu, puisse bien conserver une Servitude qui existait avant que les deux héritages fussent réunis dans une seule main, mais non pas créer une Servitude qui n'existait pas encore antérieurement à cette réunion?

Suivant M. Pardessus. *Traité des Servitudes*, n° 395, l'orateur du tribunat a fait entendre, à la séance du corps législatif du 10 pluviôse an 12, que, de ces deux partis, c'est au deuxième qu'il faut se tenir; et qu'en conséquence, l'application de l'art. 694 doit être bornée au cas où un particulier, après avoir réuni dans sa main deux héritages, dont l'un devait une Servitude à l'autre, en aurait laissé subsister les signes apparens, et aurait disposé de l'un des héritages dans cet état.

Je ne pense pas, comme M. Pardessus, que l'on puisse prêter cette opinion à l'orateur du tribunat. Mais je pense, comme lui, que cette opinion serait une erreur. « Si le législateur » (dit-il fort judicieusement) n'avait entendu » prévoir que ce cas, il n'eût pas employé les » expressions dans lesquelles est conçu l'art. » 694 : il se fût borné à en faire une simple » restriction au principe de la confusion con» sacré par l'art. 705 (rapporté ci-après, §. » 34); il eût exigé la condition d'une existence » des signes de la Servitude antérieure à la » réunion dans la même main ». L'art. 694 s'applique donc au cas où le propriétaire de deux héritages, qui en aliène un, avait lui-même établi entre eux la Servitude dont il laisse subsister les signes apparens, comme au cas où cette Servitude avait existé entre les deux héritages, avant qu'il les eût possédés conjointement l'un et l'autre.

IV. Mais voici une difficulté plus sérieuse. Comment doit se faire la preuve des deux faits qui, suivant l'art. 693, constituent la destination du père de famille, c'est-à-dire, du fait *que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire*, et du fait *que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la Servitude*? Cette preuve peut elle être faite par témoins, ou est-il nécessaire qu'elle le soit par écrit?

M. Pardessus, n° 394, traite si bien cette question, que je crois devoir le laisser ici parler lui-même :

« On peut dire, pour l'admission de la preuve testimoniale, que l'art. 693 ne l'exclud pas, puisque ses expressions sont générales; qu'il ne se sert que des termes, *lorsqu'il est prouvé*, tandis que les rédacteurs, si leur intention eût été d'exiger une preuve écrite, auraient pu s'en expliquer ou se servir des mots, *établi*, *justifié*, qui s'entendent, dans un sens plus restreint, des preuves par écrit. On peut ajouter que l'art. 692 porte ces mots, *la destination du père de famille vaut titre*, c'est-à-dire, *équivaut à un titre*, suivant les expressions même de l'orateur du gouvernement; et que cependant, si l'on requiert l'écriture, ce ne sera plus chose *équipollente*, mais véritablement un titre (1). On peut ajouter encore que la disposition du Code dont il s'agit, n'est pas un droit nouveau dans quelques portions du royaume; que six de nos anciennes coutumes, dont quelques-une d'un ressort assez étendu, contenaient la même décision textuelle; que leurs commentateurs ont pensé unanimement que la destination du père de famille n'avait pas besoin d'être prouvée par écrit; que même cette disposition avait été une loi presque générale en France, lorsqu'elle était insérée dans l'art. 90 de la coutume de Paris, qui n'exigeait pas, avant sa réformation, la preuve par écrit de la destination du père de famille (2).

» Quelque spécieuses que semblent ces raisons, nous croyons possible d'y répondre d'une manière satisfaisante. A l'égard de celles qu'on peut tirer des termes de la loi, ou de son silence sur la nécessité d'une preuve écrite, on ne doit pas se dissimuler que le mot *prouver* étant générique, ne décide rien de positif en faveur de tel ou tel autre mode de preuve; que le législateur n'a pas eu besoin de le déterminer dans cet endroit, parceque son Code ne faisant qu'un tout, dont les différentes parties concourent au même but, et se faciliteut mutuellement leur exécution, il se référait nécessairement, pour le mode de la preuve, aux principes énoncés dans le titre qui y est particulièrement consacré, ce qui laisse la question toute entière. En mettant à part l'autorité respectable de ceux qui ont commenté les anciennes coutumes, dont les dispositions sont réellement mot à mot, semblables à l'art. 692 du Code, il n'est peut-être pas indifférent d'observer que ces auteurs se bornent à dire que la destination du père de famille n'a pas besoin d'être prouvée par écrit; mais qu'aucun d'eux ne paraît avoir élevé la question de savoir comment devait se prouver cette *propriété simultanée* du père de famille, qui a dû nécessairement précéder sa *destination*. Voilà cependant, à dire vrai, le seul point de la dif-

(1) *V.* ci-devant, §. 18.

(2) Ce sont les expressions de Buridan, sur l'art. 350 de la coutume de Reims, qui porte des dispositions semblables à celles de l'art. 692 du Code civil. Ce commentateur pense que cette destination du père de famille n'a pas besoin d'être écrite.

ficulté. L'art. 693 exige la preuve de deux choses : 1° que les deux fonds, celui sur lequel et celui au profit duquel on prétend une Servitude à titre de destination du père de famille, aient appartenu au même propriétaire; 2° que ce soit lui qui ait mis les choses dans l'état duquel on veut faire résulter la Servitude : cette preuve doit être faite suivant que son objet et la nature de la chose à prouver peuvent le comporter.

» La première chose est, par sa nature, susceptible d'être prouvée par écrit. De quelque manière que ce *père de famille* ait obtenu la propriété des deux objets, elle a dû nécessairement entrer dans ses mains par une convention, soit acquisition, soit donation, soit succession, etc. Quand même, ce qui est extrêmement rare, il n'existerait aucun titre de cette espèce, l'acte qui aurait fait sortir de ses mains l'un ou l'autre objet, doit y suppléer : par exemple, s'il s'agissait de deux maisons bâties par un même individu, sur un terrain qu'il aurait acquis par prescription, l'une de ces deux maisons et les deux mêmes n'ont pu sortir de ses mains, sans que cette transmission ait été ou ait dû être établie par écrit. S'il vend, s'il donne, s'il lègue, si ses héritiers lui succèdent, aucune de ces mutations n'est de nature à être justifiée par une preuve testimoniale. On invoquerait en vain l'article qui admet la prescription comme un moyen d'acquérir les Servitudes continues et apparentes; l'acquisition par prescription et celle par destination du père de famille ne se ressemblent point : la prescription est une succession de faits qui se sont suivis pendant trente ans; la destination du père de famille au contraire, ne consiste pas dans une suite de faits et dans leur durée, mais elle donne immédiatement la propriété de la Servitude (1).

» La seconde chose à prouver peut véritablement l'être par témoins, parcequ'elle se borne à des faits qui ne sont pas susceptibles ordinairement d'être constatés par écrit. Il nous semble même suffisant qu'il soit prouvé par un écrit quelconque, ou par une preuve testimoniale précédée d'un commencement de preuve par écrit, que deux maisons ont appartenu au même propriétaire, pour que, si l'établissement des Servitudes entre elles n'est pas justifié être postérieur à l'époque de leur séparation, on doive présumer que les lieux existaient dans cet état dès le temps de leur réunion dans la même main. Nous croyons que cette distinction doit être suivie, et nous regrettons que la discussion de la loi au conseil d'état, et les discours qui l'ont précédée, ne nous aient offert aucune autorité capable de déterminer notre choix ».]]

(1) A l'appui de ces raisons, vient l'autorité de deux arrêts rendus sur l'application de l'art. 90 de l'ancienne coutume de Paris. L'un, du 5 décembre 1603, est rapporté par Brodeau sur Loüet, au mot *Servitude*, n°. 1; l'autre du 21 août 1674, au *Journal du Palais*.

§. XX. *Histoire de la jurisprudence romaine sur l'établissement des Servitudes par la prescription.*

La familiarité qui subsiste entre voisins, leur fait si souvent tolérer des choses pour lesquelles ils n'entendent néanmoins reconnaître aucun droit dans leur voisin; la négligence des locataires fait introduire tant d'autres abus, qu'il n'est pas étonnant que, dans un si grand nombre de pays, on ait rejeté la prescription des Servitudes, ou qu'on y ait mis beaucoup de restrictions.

Les Romains suivirent d'abord, à cet égard, des principes tout-à-fait particuliers, qui ont essuyé des variations. Il est nécessaire de s'en former une idée, pour bien entendre cette partie importante d'un droit qui s'observe encore, du moins en partie, dans tant de provinces de France, et qui a même beaucoup influé sur les usages de nos pays coutumiers.

La loi des douze tables, qui a introduit ou confirmé *l'usucapion*, c'est-à-dire, la manière d'acquérir par la possession, n'exigeait qu'un an pour les effets mobiliers, et deux ans pour les immeubles; *Usûs auctoritas fundi biennii, cæterarum rerum annuus usus esto.* Mais comme, lorsque ces lois furent rédigées, et même un certain temps après, la puissance des Romains ne s'étendait pas hors de l'Italie, l'usucapion ne fut admise que pour les fonds italiques (*italici juris*), et non pas pour ceux qui étaient dans les provinces de l'Empire. Telle est du moins la raison que des jurisconsultes ont donnée de cette différence. Mais la nature même du gouvernement et de la politique des Romains, en fournit une autre plus décisive, que Davezan a fort bien développée dans le *Traité de l'usucapion et de la prescription*, inséré dans celui qu'il a donné sur les Servitudes.

La propriété des fonds appartenait aux citoyens romains de la manière la plus complette : on y étendait tous les privilèges de *res mancipi*, dont on a déjà parlé dans le §. 9. Les provinces romaines, au contraire, étaient sujettes, et non pas membres de l'empire. La propriété de tous les fonds était censée résider dans le peuple romain, la possession seule en appartenait aux particuliers. On in-

diquait cette distinction par le nom de domaine civil ou *quiritarium*, qui désignait la pleine propriété des citoyens romains ; et par celui de domaine naturel ou du droit des gens, qui désignait le droit de jouissance de tous les sujets des différentes provinces sur les fonds. On a aussi donné à ce domaine le nom barbare de *bonitarium*.

Il semble que, d'après ces principes du droit romain, il ne pût y avoir aucune difficulté à admettre l'usucapion des Servitudes rustiques, qu'on mettait dans la classe des *res mancipi*. Cependant, comme l'usucapion était un effet de la tradition et de la possession, il ne pouvait avoir lieu que sur les choses véritablement corporelles, les fonds et les meubles ; les droits incorporels n'en étaient point susceptibles, et les Servitudes étaient dans cette classe.

D'ailleurs, en s'en tenant aux subtilités du droit romain, l'usucapion était un moyen d'acquérir le domaine, et il n'y a point, à proprement parler, de domaine dans les Servitudes ; elles n'existent même pas, et ne sont pas comprises au nombre de nos biens, avant que d'avoir été établies par le consentement du propriétaire de l'héritage servant.

Enfin, les Servitudes rustiques, en particulier, sont pour la plupart discontinues, et l'usucapion exigeait la continuité de possession. Elle ne pouvait donc pas avoir lieu pour les Servitudes, suivant la rigueur du droit.

Un pareil droit tendait à détruire dans peu de temps toutes les Servitudes, même les mieux établies, chez un peuple grossier où les actes écrits n'étaient presque d'aucun usage. Aussi l'utilité commune, qui est le fondement des coutumes et des usages de tous les peuples, y fit bientôt déroger. On regarda que l'usage des Servitudes pouvait tenir lieu de possession ; et l'interprétation des jurisconsultes, c'est-à-dire, la pratique du barreau, fit admettre une espèce d'usucapion, du moins pour les Servitudes rustiques. C'est ce qui paraît clairement dans le passage suivant de l'oraison de Cicéron pour A. Cæcinna, n° 26 : *aquæductus, haustus, iter, actus à patre, sed rata* AUCTORITAS *harum rerum omnium à jure civili sumitur.* Le mot *auctoritas*, comme Davezan l'a fort bien remarqué, partie 9, chap. 4, est l'expression même employée par les douze tables pour désigner l'usucapion.

Aggenus Urbicus, *de limitibus agrorum*, liv. 1, dit, en propres termes, que le droit de passage, *Servitutem itineris*, s'acquiert par l'usucapion ; et la loi 1, D. *de Servitutibus rusticorum prædiorum*, met expressément ce droit au nombre des Servitudes rustiques.

Ces deux textes prouvent suffisamment que les Servitudes rustiques n'étaient pas moins sujettes à l'usucapion que les Servitudes urbaines, quoique Cujas, Gravina, dans ses *origines juris*, Pérez, dans ses paratitles sur le Code, le plus grand nombre des interprètes du droit romain, et Lalaure, d'après eux, aient enseigné le contraire.

Il y a même de fortes raisons pour croire que, dans l'origine, les Servitudes rustiques étaient seules sujettes à l'usucapion. Ces sortes de Servitudes étaient *res mancipi*, comme on l'a vu dans le §. 14. Les Servitudes urbaines ne l'étaient pas, et l'usucapion n'avait lieu que pour les *res mancipi*. Cette observation n'a pas échappé à Heinneccius, dans ses *antiquitates romanæ*, liv. 2, tit. 6, §. 6.

Quoi qu'il en soit, le temps de deux années, dont on se contentait pour l'usucapion, et qui pouvait suffire à des hommes qui demeuraient presque toujours sur leurs héritages, fut manifestement trop court, lorsque les citoyens romains eurent de vastes domaines qu'ils n'habitaient plus par eux-mêmes. Les inconvéniens des Servitudes sont d'ailleurs beaucoup plus sensibles à une nation policée qu'à des peuples grossiers.

Différentes lois portées en divers temps, restreignirent l'usucapion des immeubles à des cas assez rares, ou prolongèrent le temps nécessaire pour l'acquérir. Pour parer aux inconvéniens de l'usucapion des Servitudes en particulier, on porta la loi Scribonia, dont ni l'auteur ni l'époque ne sont bien connus. Les uns l'ont attribuée à Cœlius Curio, tribun du peuple, d'autres à L. Scribonius Libo, qui fut consul avec Marc-Antoine, l'an 721 de la fondation de Rome. D'autres enfin, et surtout Rævardus, qui s'est occupé de cette loi plus que personne, l'attribuent à un autre L. Scribonius Libo, petit-fils du précédent, qui fut aussi consul avec Sisenna Statilius Taurus, sous le règne de Tibère, comme on le voit dans le livre 57 de Dion.

Cette opinion est la plus vraisemblable, et il paraît certain que la loi Scribonia est postérieure aux deux ouvrages de Cicéron et d'Aggenus Urbicus, qu'on vient de citer. On convient du moins généralement que cette loi supprima entièrement l'usucapion des Servitudes. La loi 4, §. dernier, D. *de usurpationibus et usucapionibus*, le dit expressément.

Mais si l'usucapion des Servitudes fut abolie sans retour, la prescription de ces mêmes droits lui succéda. On sait qu'il y avait bien des différences entre ces deux manières de prescrire dans l'ancien droit romain. L'usu-

capion avait pour fondement le droit des douze tables; elle n'exigeait qu'une possession de deux années pour les immeubles, dans tous les cas indistinctement, et sans distinction de ceux qui étaient absens ou présens. Enfin elle ne pouvait avoir lieu que pour les fonds qui étaient régis par le droit italique, et elle donnait seule le véritable domaine de propriété.

La prescription proprement dite, au contraire, avait été introduite par les interprétations des jurisconsultes; et elle avait été réglée ensuite par les édits des préteurs et les constitutions des empereurs. Elle s'étendait, non-seulement aux fonds qui étaient régis par le droit italique, mais encore à tous ceux qui étaient situés dans les provinces romaines. On avait exigé en général, par cette raison, une possession plus longue pour la prescription que pour l'usucapion; mais on avait eu soin encore de distinguer les cas différens. Il fallait dix ans entre présens, et vingt ans entre absens, lorsqu'on avait titre; lorsqu'on n'en avait pas, la prescription ne pouvait avoir lieu qu'en vertu d'une possession immémoriale, qui en faisait présumer un, comme Heinneccius l'a remarqué, *antiquit. lib.* 2, tit. 7, §. 8. Enfin, dans l'origine, la prescription n'attribuait qu'une exception pour conserver la possession, sans donner d'action pour la récouvrer, lorsqu'on en était dépouillé. Mais le préteur lui accorda dans la suite une action utile, qui avait les effets les plus essentiels de l'action réelle. Cujas pense que cette action utile est la seule que les lois romaines aient accordée à la prescription, jusque dans les derniers temps.

Les Servitudes suivirent, à cet égard, le sort des fonds même. Lors des distributions des terres, qui se firent si fréquemment, et qui causèrent tant de trouble dans l'empire romain, les commissaires nommés pour cette répartition, établissaient souvent des Servitudes entre voisins, pour leur utilité commune. C'était là ce qu'on appelait les lois des des héritages rustiques, *leges agrorum*. Au bout d'un grand nombre d'années, il était difficile de justifier de ces établissemens, que la longue possession faisait néanmoins présumer. On admit donc la prescription immémoriale des Servitudes; puis, à l'exemple de ce qui se pratiquait pour les fonds mêmes, on y admit aussi la prescription de dix ans entre présens, et de vingt ans entre absens.

Enfin, Justinien abolit toutes les différences qui subsistaient entre les fonds régis par le droit italique, et les fonds provinciaux. Il supprima de même la distinction qu'on avait faite jusque-là entre l'usucapion et la prescription, par la constitution qui fait la loi 1, C. *usucapione transformandâ*. Malgré cette constitution, il restait encore quelques différences, dans le droit romain, entre la prescription et l'usucapion; mais elles ne sont d'aucune importance pour l'acquisition des Servitudes. On peut consulter à ce sujet la partie 9 du traité des Servitudes de Davezan, et le traité *de usucapione et de præscriptione*, qu'il y a joint.

Il est donc assez inutile d'examiner si, dans le dernier état du droit romain, les Servitudes s'acquéraient par la possession en vertu de l'usucapion, ou de la prescription seulement.

Il est certain que, suivant ce dernier état, les Servitudes se prescrivaient avec titre par dix ans entre présens, et par vingt ans entre absens; qu'elles se prescrivaient par trente ans sans titre contre les uns et les autres. Il n'y avait à cet égard aucune différence entre les Servitudes et les autres immeubles.

§. XXI. *Vrais principes du droit romain sur l'établissement des Servitudes par la prescription.*

Les principales difficultés que présente la prescription des Servitudes dans le droit romain, roulent

1° Sur la qualité de la possession,

2° Sur la bonne foi du possesseur,

3° Sur le titre qu'il peut avoir ou ne pas avoir,

4° Sur la différence qu'on a proposée entre les Servitudes continues et discontinues,

5° Sur celle qu'on a proposée également entre les Servitudes affirmatives et négatives.

On va se borner à ce qu'il y a de plus essentiel sur tous ces objets.

I. La possession de la Servitude doit être *qualifiée* pour acquérir la prescription. Cela dérive des principes le plus généralement admis dans cette matière, suivant lesquels la possession est une chose tout à la fois de fait et de droit, et par laquelle on ne peut prescrire que ce qu'on a possédé et de la manière dont on l'a possédé. On ne peut donc jamais prescrire le droit de Servitude, en vertu d'une possession qu'on aurait eue à tout autre titre.

Ainsi, la possession d'une Servitude que j'aurais acquise sur l'héritage de mon voisin, pendant que j'en étais le fermier ou le locataire, me serait inutile; ainsi encore, si mon voisin avait pratiqué dans son héritage, pour sa commodité particulière, un chemin ou sentier privé, que je croyais public, quel que fût le temps pendant lequel je m'en fusse servi, je n'aurais point acquis de prescription. C'est la

décision de la loi 25, D *quemadmodùm Servitutes amittantur.*

Le peu de bonne foi de bien des plaideurs rend souvent difficile à reconnaître si la jouissance qu'on allègue d'une Servitude, était véritablement à titre de Servitude, ou une simple familiarité. C'est alors à la prudence du juge à se déterminer sur les circonstances particulières. La familiarité, par exemple, se présumera plus facilement dans l'usage du passage que dans celui d'une vue que j'aurai ouverte sur la maison de mon voisin. Il faudrait beaucoup d'actes d'exercice de ce prétendu droit de passage, pour faire présumer qu'on en jouit à titre de Servitude.

De même, si l'héritage de mon voisin touche à un chemin public qui n'est pas bien entretenu, quelqu'habitude que j'eusse d'y passer pour me rendre chez moi, on devrait présumer que je ne me suis servi de ce passage que pour éviter les mauvais pas. C'est à peu près l'exemple que donne la loi 6, D. *de itinere actuque privato*, dont quelques coutumes, comme celle d'Orléans, art. 251, ont expressément adopté la décision.

En général, on doit présumer que la possession est qualifiée, lorsque celui qui prétend le droit de Servitude, paraît de bonne foi, et lors surtout qu'il a un titre qui lui attribue ce droit de Servitude.

Imbert, en son *enrichidion*, au mot *Servitutes*, et Papon, liv. 14, tit. 4, veulent que la possession même immémoriale ne soit admise qu'autant que les témoins assurent que cette possession a été au vu et su de la partie adverse, et que le prétendant Servitude a dit et soutenu en leur présence, qu'il jouissait à droit de Servitude.

Mais Legrand, sur la coutume de Troyes, art. 61, gl. 2, n° 31, observe que ce serait rendre la preuve de la possession presque toujours impossible, « ne se pouvant quasi faire que le » prescrivant n'ait joui de la Servitude au vu et » au su de sa partie adverse, sans pourtant que » la preuve en puisse être faite. C'est pourquoi » (ajoute Legrand) j'estime qu'il suffit que les » témoins déposent que c'était le bruit commun, » que celui qui allait et venait par l'héritage, y » passait comme croyant avoir droit d'y pas» ser ».

II. *La bonne foi*, qui est le fondement le plus solide de la prescription, a pourtant été rejetée comme inutile dans celles des Servitudes, par quelques auteurs, et particulièrement par Antoine Mathieu, *disput.* 1, n° 19, par Heinneccius, Instit. §. 440, *in notâ.* Il faut même avouer que la question peut paraître problématique, si l'on veut suivre les lois romaines à la lettre; mais il n'en est pas moins certain que, parmi nous, la bonne foi est tout autant exigée dans cette matière que dans les autres; et c'est la loi de la justice même.

La bonne foi se présume en général dans celui qui a un titre propre à transférer la propriété; mais un titre vicieux dans la forme et réprouvé par les lois, fait au contraire présumer la mauvaise foi. On peut voir des détails à ce sujet au chap. 20 de Cæpolla, nos 2 et 3, et dans l'ouvrage de Martinus Laudensis, n° 2 et 3. Les principes sont généralement les mêmes, à cet égard, en fait de Servitude qu'en toute autre matière.

III. *Le titre* n'est pas plus exigé pour la prescription des Servitudes, que la bonne foi par Antoine Mathieu. Martinus Laudensis enseigne à peu près la même chose, en disant que le titre est présumé par la patience du propriétaire de l'héritage prétendu servant.

Cæpolla, liv. 1, chap. 20, nos 6 et 7, Davezan, part. 9, chap. 7, Lugollius, dans sa dissertation sur l'usucapion des Servitudes, chap. 15, sont du même avis que Martinus Laudensis : les raisons qu'ils en donnent, d'après Pierre de Belleperche et des glossateurs, peuvent paraître bien frivoles.

La première est que, dans les Servitudes réelles, ce sont les choses, et non les personnes, qui acquièrent : or, dit-on, les choses ne peuvent pas se procurer des titres comme les personnes.

La seconde, c'est que les droits incorporels sont moins importans que les fonds mêmes qui en sont l'objet, et que d'ailleurs ils n'intéressent que les fonds, et non pas les personnes.

Il ne serait pas impossible de trouver là-dessus des raisons puisées dans la manière même dont les Romains considéraient les Servitudes; mais cette discussion exigerait des détails déplacés ici.

Il paraît assez vrai de dire que l'ancien droit romain n'exigeait point de titre dans cette matière; mais il paraît difficile de soutenir qu'il n'en faille plus depuis la constitution de Justinien, qui a identifié la prescription et l'usucapion : ce qu'elle dit du titre, s'étend aux droits incorporels.

Cependant il faut avouer que Pérez, sur le Code, liv. 7, tit. 34, n° 28, Heinneccius, sur les Pandectes, part. 6, §. 217, et parmi nos jurisconsultes français, Domat, dans ses *lois civiles*, Ferrière, sur la coutume de Paris, art. 186, et une quantité d'autres, sont de l'avis de

Cæpolla et des autres auteurs qu'on vient de citer.

Duaren, *lib.* 1 *disputationum;* Coras, dans son traité sur la loi *si Servitus*, Rævardus dans son ouvrage sur la loi *Scribonia*, Lalande, sur l'art. 225 de la coutume d'Orléans, Legrand, sur l'art. 272 de celle de Troyes, gl. 2, nº 4 et Buridan, sur l'art. 350 de celle de Reims, nº 8, sont d'un avis contraire.

IV. La *différence entre les Servitudes continues et discontinues* a été proposée par bien des jurisconsultes modernes, et adoptée, comme on le verra bientôt, par la jurisprudence de plusieurs cours.

Cæpolla, qui l'a proposée des premiers, paraît n'avoir admis la prescription que des Servitudes continues ou quasi-continues, ou du moins il exige une possession immémoriale pour les Servitudes discontinues.

Le *Code Frédéric*, part. 2, liv. 3, tit. 5, §. 28, nº 4, a pris un tempérament : il veut que les Servitudes dont l'exercice est continu, se prescrivent par dix ans entre présens, et vingt ans entre absens ; mais que celles dont l'exercice n'est pas continu, ne se prescrivent que par vingt ans dans tous les cas.

Martinus Laudensis, en convenant aussi qu'on ne peut pas prescrire les Servitudes discontinues, prétend néanmoins qu'on peut les acquérir par une longue possession ; il propose à cet égard une pure subtilité. Si celui qui prétend la Servitude, dit il, allégue la prescription, il est non-recevable, mais si, au lieu d'alléguer la prescription, il argumente d'un titre qu'il fait présumer par la patience de son adversaire, alors on doit présumer le titre : les praticiens doivent alors bien prendre garde de ne pas alléguer la prescription, mais bien un titre, par exemple, un contrat de vente, dont ils donneront la preuve dans la patience de l'adversaire. C'est bien là apprendre aux plaideurs et aux praticiens, des chicanes dont ils ne sont que trop enclins à profiter.

Davezan prétend avec raison que cette distinction est inconnue dans le droit romain : il la compare aux contes que les vieilles bonnes femmes font au coin de leur feu ; il ajoute qu'il est bien permis aux poetes de rêver quelquefois sur le Parnasse, mais non pas aux jurisconsultes. Cependant bien des jurisconsultes français, et Lalaure en particulier, ont suivi le sentiment de Cæpolla.

Ce dernier auteur assure que, « si Davezan » eût bien approfondi les motifs et les lois sur » lesquels les jurisconsultes dont il fronde le » sentiment, s'appuyaient, il ne leur aurait » point imputé d'avoir erré, lorsqu'ils ont » adopté une distinction établie par les lois. »

Les seules de ces lois que Lalaure ait citées, sont les lois 14, D. *de Servitutibus*, 28, D. *de Servitutibus urbanorum prædiorum* et 25, D. *quemadmodum Servitutes amittantur;* mais il faut avouer que la distinction des Servitudes continues et discontinues, pour la prescription, n'y est point établie.

La loi 14, D. *de Servitutibus*, porte que les Servitudes des héritages rustiques sont incorporelles, quoiqu'elles soient les accessoires des fonds, et que, par cette raison, elles ne s'acquièrent pas par l'usucapion, d'autant plus que, *par leur nature, les Servitudes n'ont aucune possession certaine et continue.* Car (ajoute-t-elle) personne ne peut aller si continuellement par un chemin, que sa possession ne soit interrompue d'un moment : la même chose a lieu dans les servitudes des héritages urbains : *Servitutes prædiorum rusticorum, et iam si corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, et ideò non usucapiuntur : vel ideò quia tales sunt Servitutes ut non habeant certam continuamque possessionem. Nemo enim tàm perpetuò tàmque continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. Idem in Servitutibus prædiorum urbanorum observatur.*

Cette décision n'est qu'une suite de la loi Scribonia : les raisons sur lesquelles elle est fondée, conviennent à toute espece de Servitude ; c'est que ces droits sont de simples accessoires des fonds, et que, par leur nature, on n'en peut avoir de possession certaine et continue. Aussi, quoique le commencement de la loi semble avoir particulièrement en vue les Servitudes rustiques, la fin de la loi ajoute que la même chose s'observe dans les Servitudes urbaines.

La loi 28, D. *de Servitutibus prædiorum urbanorum*, admet si peu la distinction, que Lalaure veut prouver par elle qu'elle n'est relative qu'à des héritages urbains. Elle porte que, si je fais, dans ma salle à manger, un trou par lequel je fais écouler chez mon voisin les eaux qui servent à en laver les carreaux, ce n'est point là la Servitude appelée en droit *flumen;* et qu'on ne peut pas la prescrire, s'il ne tombe pas aussi de l'eau du ciel dans cet endroit.

La raison qu'en donne le jurisconsulte, c'est que ce que fait la main de l'homme, n'a pas une cause perpétuelle comme les eaux qui tombent du ciel, lesquelles sont réputées perpétuelles, quoiqu'elles ne tombent pas toujours, parceque la cause en est naturelle. Or, ajoute le jurisconsulte, toutes les Servitudes

réelles doivent avoir une cause perpétuelle ; et voilà pourquoi l'on ne peut *accorder la Servitude d'aqueduc sur un lac ou sur un étang.* Il faut de même que la Servitude de gouttière ait une cause naturelle et perpétuelle.

Quelque jugement qu'on porte de ces subtilités du droit romain, on doit reconnaître qu'il n'y est pas question de savoir si les Servitudes qui n'ont pas de cause continue, peuvent se prescrire, mais bien si ces Sortes de Servitudes peuvent s'établir. On voit que la loi en rejette l'acquisition à titre même de contrat ; enfin, en disant que toutes les Servitudes réelles doivent avoir une cause continue, elle rejette nettement la distinction des Servitudes continues et discontinues, urbaines et rustiques.

Il est remarquable que Lalaure même dit dans une note sur cette loi, d'après Cujas, « qu'elle est plus subtile qu'utile, et ne tend » qu'à démontrer la différence qu'il faut mettre » entre la Servitude appelée en droit *fluminis*, » et celle appelée, *stillicidii*, et non à établir » que celui qui aurait fait passer ses eaux par ce » trou, pendant le temps nécessaire pour opé- » rer la prescription, n'aurait pas acquis, par » la prescription, cette servitude d'égoût ».

Lalaure, qui n'a pas vu que cette interprétation détruisait tout son système, suppose en conséquence dans la traduction qu'il a donnée de cette loi, qu'elle ne rejette la prescription de cet évier que sous le nom de *flumen*, sans décider d'ailleurs que ce ne soit pas là un droit prescriptible. Il fait dire en conséquence à la loi suivante, que le voisin pourra agir en dommages-intérêts, « *si celui* » *qui a la Servitude*, lui cause du préjudice, en » y faisant passer des eaux qu'il ne doit point » recevoir ». La loi porte au contraire, que le voisin aura une action pour le dommage qu'il reçoit de ce trou, qui n'est point une Servitude : *Si quid igitur ex eo foramine ex quo Servitus non consistit, damnum vicinus sensisset, dicendum est damni infecti stipulationem habere.*

Enfin, la loi 25, D. *quemadmodùm Servitutes amittantur*, dit simplement qu'on n'est censé avoir l'usage de la Servitude, qu'autant qu'on croit en jouir en vertu de son propre droit. Cette loi décide en conséquence qu'il ne résulte aucune possession ni action utile, du passage dont on aurait joui à titre de chemin public ou de Servitude appartenant à autrui.

En un mot, les lois romaines exigent que toutes les Servitudes, soit urbaines, soit rustiques, aient une cause perpétuelle. Elles ne font aucun usage de la distinction des Servitudes continues et discontinues, elles n'en reconnaissent pas de discontinues, et elles les mettent toutes dans la même classe, relativement à la prescription. Cette vérité a été reconnue par Supérior, *ad lib.* 12 ; par Rævardus, *ad legem Scriboniam* ; par Pérez, *in prælectionibus ad Cod.* 1, *lib.* 3, tit. 34, n° 25 et 26 ; par Brodeau, sur l'art. 186 de la coutume de Paris, n° 9 ; par Legrand, sur celle de Troyes, art. 61, gl. 2 ; et par Ferrière, dans sa conférence sur le Code, liv. 3, tit. 34.

V. La *distinction des Servitudes en affirmatives et en négatives*, quant à leur acquisition par la prescription, n'est pas non plus textuellement admise par les lois ; mais on peut l'induire *à contrario*, de ce que dit la loi 6, D. *de Servitutibus prædiorum urbanorum*, qu'il faut quelquefois un fait de la part du voisin, dont la maison est grevée de Servitude, pour en acquérir la libération : par exemple, s'il s'agissait d'une Servitude qui consistât à ne pouvoir pas élever sa maison à une certaine hauteur, pour ne pas nuire à mes jours, il ne suffirait pas que j'eusse fermé ou bouché mes fenêtres, si vous n'aviez pas exhaussé votre maison dans le même temps.

Cette distinction est d'ailleurs si conforme à la raison, qu'elle n'a pas besoin d'être établie par les lois. Dès qu'il y a des Servitudes qui consistent à souffrir quelque chose de la part de son voisin, et d'autres à ne pas faire quelque chose à cause de lui, il est clair que les premières doivent s'acquérir par la prescription, lorsqu'on a la possession de faire tel et tel usage de la maison de son voisin ; et les autres, seulement lorsqu'il est prouvé que c'est sur la prohibition du voisin qu'on n'a pas fait telle et telle chose dans sa propre maison.

On ne doit pas admettre néanmoins la sous-distinction que fait Martinus Laudensis, n° 9, entre les Servitudes purement facultatives, et celles qui ont lieu de plein droit, et conclure que les premières, telles que celle de chemin, ne peuvent se prescrire par trente ans. La loi qu'il cite à cette occasion, ne dit rien de semblable : elle dit seulement qu'il faut du moins trente jours d'exercice pour acquérir la possession de ce droit de chemin.

§. XXII. *Jurisprudence des pays de droit écrit, sur l'acquisition des Servitudes par prescription.*

Bretonnier dit, dans ses questions alphabétiques, au mot *prescription*, « que tous les

» parlemens de droit écrit admettent la pres-» cription de dix ans entre présens, et de vingt » ans entre absens, avec titre et bonne foi, à la » réserve du parlement de Grenoble, qui ne » reconnait que les prescriptions de trente et » quarante ans ».

Cet auteur ajoute ensuite, que, « suivant la » disposition du droit, les Servitudes se prescri-» vent par le même temps que les héritages aux-» quels elles sont attachées (loi 13, C. *de Servi-» tutibus*; loi dernière, C. *de præscript. long.* » *temp.*); que la disposition de ces lois est » suivie dans les parlemens de droit écrit ».

Mais il s'en faut de beaucoup que ces assertions soient exactes: il y a, au contraire si peu d'uniformité dans la jusrisprudence des parlemens de droit écrit sur cette matière, qu'il est nécessaire, pour connaitre cette jurisprudence, de parler de celle de chaque parlement en particulier. Lalaure est entré dans de grands détails à ce sujet, et on le prendra principalement pour guide. On suivra l'ordre alphabétique des villes où résident ces parlemens; après quoi, l'on dira un mot de la jurisprudence du conseil supérieur d'Alsace, établi à Colmar.

ART. I. *Parlement d'Aix.*

La prescription de dix et vingt ans avec titre et bonne foi, est reçue au parlement de Provence, quoique Lalaure, liv. 2, chap. 4, paraisse en douter. On y admet aussi la prescription de trente ans sans titre. Mais la jurisprudence à établi plusieurs distinctions entre les différentes sortes de Servitudes, quant à la prescription.

Les Servitudes négatives se prescrivent par trente ans, à compter seulement du jour de la prohibition.

Les Servitudes discontinues ne s'y acquièrent que par la possession immémoriale. La prescription trentenaire, quoique précédée de contradiction, ne serait pas suffisante, à moins qu'il ne fût intervenu quelque jugement provisionnel qui eût passé en définitif par le laps de trente ans. Boniface, tome 2, liv. 9, tit. 1, chap. 20, rapporte un arrêt du 18 mai 1673, qui a jugé qu'il fallait prouver la possession immémoriale d'un droit de passage, et que la possession trentenaire ne suffisait pas.

Quant aux Servitudes continues, on y distingue encore celles qui ont une cause continue, mais sans ouvrage fait de main d'homme dans le fonds servant, d'avec celles qui ont besoin pour être établies, de quelque ouvrage fait de main d'homme dans le fonds d'autrui. Les unes et les autres s'acquièrent par la prescription; mais il faut incontestablement trente ans au moins pour acquérir les premières. Boniface, tome 1, liv. 2, chap. 11, rapporte un arrêt qui l'a ainsi jugé, le 16 mars 1665.

Saint-Jean, dans sa décision 72, enseigne la même chose. Il observe qu'en Provence, il y un statut qui défend d'avoir des vues sur son voisin, si ce n'est avec des grilles et à dix pieds du rez de chaussée. Cependant il rapporte un arrêt qui a jugé qu'on pouvait prescrire le droit d'avoir des fenêtres pleines et des vues droites.

On en trouve un semblable du 17 juin 1753, dans l'ouvrage de Lalaure, liv. 3, chap. 3. Il s'agissait dans cette affaire, de trois fenêtres dépendantes de la maison de la demoiselle Pazière, qui donnaient dans la basse-cour de la demoiselle de Giraud, à Arles, et qui n'étaient pas grillées suivant la forme statutaire observée en Provence. Une sentence interlocutoire du 8 mars 1750, qui avait été exécutée, avait ordonné la description des lieux; et d'après le rapport, la sentence définitive avait condamné la demoiselle Pazière à griller et à mettre selon la forme statutaire les trois fenêtres, dans quinzaine de la signification du jugement, faute de quoi la demoiselle de Giraud était autorisée à le faire faire à ses frais. Enfin, la sentence condamnait la demoiselle Pazière aux dépens, même à ceux réservés par l'interlocutoire. Cette sentence fut infirmée par l'arrêt rendu au rapport de M. Gautier du Pouët. Il ordonna « que Vanel (qui était aux droits de la demoiselle Pazière) » vérifierait, par toutes sortes et manières de » preuves, dans le mois, d'être en possession, » depuis trente ans avant la demande de ladite » de Giraud, par lui ou par ses auteurs, des » trois fenêtres dont il s'agit, en la forme » énoncée dans le rapport préparatoire du 14 » février 1750, et preuve au contraire dans » pareil délai, pour ce fait, ou à faute de ce » faire, et les parties plus amplement ouïes, » être définitivement dit droit; condamne » ladite Pazière aux frais de l'enquête et aux » dépens faits jusqu'à l'assistance de cause de » ladite demoiselle de Giraud contre Vanel, » tous les autres dépens entre les parties, » réservés ».

Quant aux Servitudes continues, avec ouvrages faits de main-d'homme dans le fonds d'autrui, on y admet la prescription de dix et vingt ans, lorsque l'ouvrage a été fait au vu et au su du propriétaire. Mais pour peu que la publicité ne soit pas bien établie, on pense que la possession de dix et vingt ans n'ôte pas, par elle-même, le soupçon de la

clandestinité, et qu'elle ne suffit pas pour acquérir la prescription. L'arrêt du 18 juillet 1718, rapporté par Bonnet, lettre P, page 302, paraît avoir adopté cette distinction:

Voici l'espèce de cet arrêt. Le sieur Berthet, qui avait une source d'eau dans son fonds, souffrit que le sieur de Clapier, son voisin, fît construire un acqueduc, à la faveur duquel ce dernier conduisait l'eau de cette source dans un réservoir construit dans son champ. Au bout de 25 ans, le sieur Berthet fit percer la partie de cet acqueduc qui posait sur son champ, pour arrêter le cours de l'eau et la détourner. Le sieur de Clapier se pourvut aux requêtes du palais, et demanda d'être maintenu en possession de cet acqueduc et dans le droit d'en conduire l'eau dans ses terres. Les fins de cette requête ayant été contestées, le sieur de Clapier prit des conclusions incidentes, pour faire ordonner « qu'avant » faire droit sur sa demande, il vérifierait, dans » la quinzaine, qu'il avait fait construire depuis » vingt-cinq ans l'acqueduc en question, dans » le fonds dont il s'agissait, *au vu et su* du sieur » Berthet, pour conduire l'eau dans son réser- » voir, sauf la preuve au contraire ». Par sentence du 14 mai 1718, cette preuve fut admise, et sur l'appel de Berthet, ce jugement confirmé avec amende et dépens.

Il y a une observation très-importante à faire sur ce dernier arrêt : c'est qu'il n'y est question d'aucun titre. Il est donc possible que la prescription de dix et vingt ans sans titre, soit admise en Provence, quoique Lalaure paraisse croire très-fortement qu'elle n'y est pas admise même avec titre.

Dunod, *Traité des prescriptions*, art. 3, chap. 6, convient du moins que celle de dix et vingt ans est admise communément dans les pays de droit écrit, même pour les Servitudes discontinues, quoique l'usage de sa province y soit contraire. Mais il ne dit point si c'est avec un titre ou sans titre; et l'on a vu dans le §. précédent, n° 3, que les auteurs sont fort partagés sur la nécessité de ce titre.

ART. II *Parlement de Besançon.*

Suivant les lettres patentes données pour la rédaction de la coutume du comté de Bourgogne en Franche-Comté, on doit « juger » toutes les causes, questions et procès qui sur- » viendront dans ledit comté, selon l'ordon- » nance et disposition du droit civil, pour les » cas non énoncés dans la coutume, *en rejettant* » *toute autre coutume* ». La coutume de cette province n'a aucune disposition sur les Servitudes; mais comme l'art. 5 porte que *toutes prescriptions d'héritages ou dettes, du temps ou terme de trente ans, et au-dessus, sont réduites à icelui temps et terme de trente ans*, on a jugé avec raison que les Servitudes, qui sont des accessoires des héritages, sont sujettes à la même loi.

L'usage de la Franche-Comté est donc qu'on ne peut acquérir ni perdre aucune Servitude par moins de trente ans.

Cette prescription de trente ans suffit pour acquérir les Servitudes visibles ou continues, telles que celles de jour, d'égoût, d'appui, d'acqueduc, de gouttière, etc., qui subsistent par un exercice continuel, *actu aut habitu.*

Quant aux Servitudes discontinues, qui ne paraissent que lorsqu'on les exerce, comme les droits de passage, de parcours, de pâturage, usage, puisage, abreuvoir, ceux de tirer de la chaux, du sable, et autres choses semblables, l'usage de la Franche-Comté est qu'il faut un temps immémorial pour les prescrire, lors même qu'on a un titre. La raison qu'en donne Dunod, d'après Vasquius, c'est que la possession immémoriale, qui est désirée en Franche-Comté pour acquérir les Servitudes discontinues, ne peut être suppléée que par un titre capable de les constituer; que le titre qui vient *à non domino*, ne peut avoir cet effet, puisqu'on ne le donne pas à possession de trente ou quarante ans; que ce n'est pas tant par là prescription que le temps immémorial acquiert les Servitudes, que par la constitution du droit : *non tam præscriptæ quàm à jure constitutæ per tempus immemoriale videntur, quia in iis nec possessio vera adest, nec continuatio possessionis.*

[[Un arrêt de la cour de cassation, du 2 ventôse an 9, rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Servitude*, § 2, a maintenu un jugement en dernier ressort par lequel il avait été décidé que, dans la ci-devant Franche-Comté, la Servitude de passage ne pouvait s'acquérir que par une possession immémoriale.]]

Cette prescription immémoriale est admise sans difficulté, même pour le droit d'usage, de quelque nature qu'il soit. Lalaure, liv. 2, chap. 4, en rapporte deux arrêts remarquables, dont M. le procureur général du parlement de Besançon lui a fait délivrer des copies vidimées, et où les prétendans droit d'usage n'avaient aucune preuve par écrit.

Le premier de ces arrêts, qui est du 20 juillet 1723, confirme avec amende et dépens, une sentence de Pontarlier, qui avait admis les habitans de Frasnes en montagne à faire preuve, dans la huitaine, *comme ils étaient en possession et droit, de temps immémorial,*

de faire pâturer leurs bestiaux chaque année dans l'un des trois cantons de Vernon, Brilly et Brenaille, situés dans la communauté de Frasne, de trois ans l'un, avant les premiers fruits levés.

Le second arrêt, qui est du 1er décembre 1734, et rendu contre Jean-Baptiste Crollot, habitant de Saint-Hyppolyte, « garde et maintient les bourgeois et habitans de cette communauté, en possession du droit de disposer au profit de la communauté dudit Saint Hippolyte, des chênes, pommiers, poiriers et cerisiers sauvages qui ne sont pas en nature de clos au finage du même lieu, de même que des fruits desdits arbres, en telle façon qu'il n'est permis au propriétaire desdits héritages, de couper lesdits arbres, ni de recueillir les fruits d'iceux sans la permission des habitans; fait défense à Crollot de les y troubler à l'avenir, à peine d'amende arbitraire; et pour l'avoir fait, le condamne à l'amende de 54 livres au profit de ladite communauté, à pareille somme pour dommages-intérêts au même profit, et aux dépens ».

Il faut néanmoins remarquer que, dans cette instance, les habitans de Saint-Hippolyte produisaient, à l'appui de leur possession, des statuts faits pour leur communauté en 1631, et homologués par le lieutenant général de Chaumes en 1704.

Dunod fait une exception : « Si cependant (dit-il) on payait quelque redevance pour user de la Servitude, elle s'acquerrait par le temps ordinaire, quoiqu'elle fut discontinue, parcequ'on induirait de cette redevance le consentement tacite de celui qui la recevrait; on présumerait même une convention ».

Enfin, le même auteur croit que les Servitudes peuvent s'augmenter par la possession trentenaire, par la même raison qu'on les prescrit sans titre. « C'est (dit-il) prescrire outre le titre, et non pas contre le titre; et la patience du maître du fonds servant qui a laissé user d'une plus ample Servitude, empêche qu'on ne puisse objecter la mauvaise foi de celui du fonds dominant ».

Cet auteur ne cite aucun garant de son opinion : et la plupart des auteurs pensent qu'on ne doit admettre, en pareil cas, que la possession centenaire ou immémoriale, la seule qui fasse véritablement présumer une dérogation au titre. Dumoulin et Pothier, *Traité des fiefs*, part. 1, chap. 4, art. 1, §. 10, le décident ainsi pour les droits seigneuriaux; et il semble que les mêmes raisons doivent avoir lieu pour les Servitudes.

ART. III. *Parlement de Bordeaux.*

Dans tout le ressort de ce parlement, on suit presque en tout point les principes du droit romain sur la prescription des Servitudes. On ne prescrit néanmoins sans titre les Servitudes discontinues, que par trente ans, à compter du jour de la contradiction. Autrement, si l'on ne prouve pas la contradiction, la prescription immémoriale y est nécessaire. C'est ce qui résulte des décisions 62 et 77 de La Peyrère, et d'une lettre adressée en 1757, par M. le procureur général de ce parlement, à Lalaure, qui la cite au liv. 2, chap. 5 de son Traité. On voit par là avec combien peu de fondement cet auteur dit « qu'on observe dans le ressort de ce parlement, relativement aux Servitudes, la même jurisprudence qu'au parlement de Besançon ».

Il faut observer enfin qu'il y a dans le ressort du parlement de Bordeaux neuf à dix coutumes, dont quelques-unes ont des dispositions particulières sur la prescription des Servitudes.

Par exemple, celle de Limoges, art. 38, dit « qu'on ne prescrit point les égoûts et stillicides des maisons, ni autres Servitudes, par quelque laps de temps que ce soit, en la terre d'autrui, si celui qui prétend ladite Servitude sur autrui, n'a titre ou quelque signe équipollent à titre ».

Celle de Bayonne porte, art. 1, que « prescription, de quelque temps que ce soit, n'a lieu en Servitudes urbaines ou rustiques; ains faut que celui qui prétend avoir Servitude, en fasse apparoir par titre ».

La coutume de Soles, art. 2, porte « qu'on n'acquiert aucune Servitude par quelque laps de temps que ce soit, même de 30 ou de 41 ans, ou autre long-temps selon ladite coutume, en place vide et en champ non labouré ni fermé ». Mais comme, suivant l'art. 1 du titre *des Prescriptions* de la même coutume, « il n'y a moindre prescription que de 41 ans accomplis paciſiques »; il s'ensuit que toute autre Servitude que celles ci-dessus enoncées, peut s'y acquérir par 41 ans, sans aucune distinction.

ART. IV. *Parlement de Dijon.*

Le ressort du parlement de Bourgogne est régi par le droit romain, dans les points qui n'ont pas été réglés par la coutume particulière de cette province. Cette coutume n'a aucune disposition sur la matière des Servitudes. L'art. 2 du titre 13 porte seulement « qu'on ne peut avoir usage en bois et rivière banale

» d'autrui, ni droit pétitoire ou possessoire, » *par quelque laps de temps qu'on en ait joui* » *sans en avoir titre ou payer redevance*». Mais les droits d'usage suivent presque partout des règles bien différentes de celles des autres Servitudes.

La coutume de Bourgogne n'a pas même de disposition sur la prescription en général : d'où il semblerait résulter qu'il n'y a aucune difficulté à y suivre le droit romain pour celle des Servitudes. Il y en a néanmoins de très-considérables.

L'embarras est venu d'un article des cahiers dressés pour l'interprétation de la coutume. On sait que ces cahiers sont d'un très grand poids, quoiqu'ils n'aient aucune autorité légale. Or, l'art. 1 du chap. 13 de ces cahiers, qui est le dernier de tous, porte que « de tou» tes choses prescriptibles, toutes prescriptions » sont uniformes, et réduites à trente ans»(1).

Les auteurs qui ont écrit sur la coutume de Bourgogne, ont adopté des opinions différentes.

Chasseneuz ne s'est exprimé que d'une manière vague, en disant que les Servitudes étant contraires au droit naturel, il fallait, pour pouvoir les exiger, un titre d'imposition ou une prescription légitime.

Raviot, sur Perrier, quest. 152, n° 10, Legrand, sur l'art. 61 de la coutume de Troyes, gl. 2, n° 11, et Taisand, semblent indiquer que la jouissance sans titre, quoiqu'immémoriale, n'est censée procéder que de familiarité, et que cela avait été ainsi jugé pour un droit de puisage.

Raviot ajoute, dans les nos suivans, que, si la possession était soutenue d'un titre ancien qui énonçat la Servitude, la prescription serait admise. Il paraît néanmoins décider, nos 13, 14, et 15, que toutes Servitudes, soit urbaines, soit rustiques, se prescrivent par trente ans, comme toute autre chose. Mais ensuite, au n° 16, il observe que les Servitudes urbaines se prescrivent plus difficilement que les Servitudes rustiques; et au n° 23, il semble adopter la distinction de s Servitudes continues d'avec les discontinues, pour admettre la prescription de dix et vingt ans dans les premières.

Le même auteur cite un arrêt du 14 août 1634, par lequel il fut ordonné que deux particuliers prouveraient que, *de temps immémorial*, ils avaient joui *par droit de Servitude*, du passage qu'ils prétendaient avoir dans un pré; « ce qui (dit il) préjugeait » que la possession immémoriale pour un droit » tel que celui-ci, n'était pas un titre, mais » qu'il fallait prouver une possession par droit » de Servitude : ce qui ne se présumait pas».

Mais au n° 24, il dit que la possession trentenaire tient lieu de titre : et il rapporte un arrêt du 12 août 1648, qui a admis les nommés Bergeret à prouver « que, depuis trente ans, » ils avaient passé et repassé sur la terre de » leur voisin, pour aller défruiter la leur. « Quoique les Bergeret (ajoute Raviot) n'eus» sent point allégué l'avoir fait par droit de » Servitude, cela fut présumé »

Il se peut que la contradiction entre ces deux arrêts ne soit qu'apparente, et qu'il y ait eu, lors du premier, quelques circonstances qui faisaient soupçonner la familiarité, tandis que rien ne l'indiquait dans l'espèce du second. Bouvot, dans ses Questions notables, au mot *chemin*, cite plusieurs arrêts qui ont jugé que les Servitudes discontinues, sans en excepter les rurales, ne pouvaient s'acquérir par la prescription, sans titre.

Brillon, au mot *Servitude urbaine*, prétend au contraire, d'après Taisand, que c'est actuellement une maxime constante au parlement de Dijon, que les Servitudes urbaines, soit continues, soit discontinues, ne peuvent s'acquérir sans titre; et qu'à l'égard des Servitudes rurales, elles s'acquièrent sans distinction par la possession trentenaire de ce droit à titre de Servitude. Il cite des arrêts des 12 mars 1648, 16 janvier 1660, 29 juillet 1686, du 18 mai 1687 et du mois de mai 1694, dont les trois premiers admettent la possession trentenaire sans titre pour les Servitudes rurales, et les deux derniers la rejettent pour les Servitudes urbaines.

Lalaure rapporte fort au long un autre arrêt du 10 juillet 1711, qui paraît avoir jugé la même chose. Il s'agissait de savoir si Antoine Lemaître avait acquis par possession le droit de faire tomber les eaux de son *couvert*, c'est-à-dire, de son toit, dans une cour de la maison du sieur Andriot, notaire à Dijon. L'arrêt condamna Lemaître à « faire poser » une chanlate au bas du couvert de sa mai» son, située à Taland, pour porter les eaux » pluviales de son goutterot hors des fonds » dudit Andriot, en sorte que ledit Andriot » n'en fût incommodé par rapport à son fonds » et à ses bâtimens voisins, et condamna Le» maître aux dépens ».

Davot, qui cite aussi cet arrêt et celui du 18 mai 1687, dans *son Traité des Servitu-*

(1) Plusieurs éditions de la coutume de Bourgogne ont même inséré cette disposition dans le texte de la coutume, pour en former l'art. 1 du chap. 14 *des Prescriptions*. *V.* les *Institutes au droit coutumier de Bourgogne*, page 246.

des, à l'usage du duché de Bourgogne, conclud de là que la jurisprudence paraît fixée sur la nécessité d'un titre, *du moins pour la partie de son ressort qui est régie par la coutume.* Il en excepte néanmoins les Servitudes urbaines visibles, *qui*, dit-il, *sont établies par l'ouvrage qui y sert et par la possession suffisante pour prescrire, ou au moins par celle de* 30 *ans.*

Bannelier, dans ses notes sur Davot, enseigne à-peu-près la même chose. Il assure que la prescription trentenaire est admise, du moins dans les pays coutumiers du ressort du parlement de Bourgogne, suivant la disposition du chap. 15 des cahiers pour l'interprétation, et que, dans les pays qui sont purement régis par le droit écrit, on en suit les principes relativement aux prescriptions; mais il observe que *ce sont les vraies Servitudes et non pas les simples actes de familiarité ou de tolérance qui s'acquièrent par la prescription.* Et c'est ainsi qu'il explique les arrêts contraires dont on vient de parler. Il rapporte même, dans sa note 338, un arrêt du 22 décembre 1706, entre Nicolas Blanchot et le sieur Henrion l'aîné, trésorier de France, qui, sur diverses Servitudes urbaines prétendues respectivement par les parties, admit la longue possession, c'est-à-dire, celle de trente ans sans titre, pour des Servitudes de jour et des gouttières bien apparentes; mais ordonne la preuve de la possession immémoriale de faire passer les ouvriers dans la maison du sieur Henrion, pour les réparations nécessaires du toit de la maison de Blanchot, parceque c'était là une Servitude véritablement discontinue et non visible.

Lalaure prétend, à la vérité, que ces distinctions ne résultent point des circonstances de cet arrêt et de ceux qui l'ont précédé : mais il suffit de lire l'arrêt que Lalaure rapporte en entier, pour adopter ce qu'en dit Bannelier. Lalaure même cite sept arrêts, tous postérieurs à 1711, qui ont admis sans titre la prescription de 30 ans contre les laïcs, et de 40 ans contre les ecclésiastiques, en matière de Servitude.

Le premier, du 15 juillet 1754, fut rendu dans l'espèce suivante. M. de Migieu, président à mortier au parlement de Bourgogne, était en possession, depuis plus de 40 ou 60 ans, d'avoir, dans les vignes des propriétaires voisins de son château de Savigny, nombre d'arbres qui étaient destinés à former une espèce de supplément à l'avenue de son château, dont ils suivaient l'alignement. Marie Viennot, devenue propriétaire d'une partie de ces vignes, y fit abattre quelques-uns des cérisiers qui formaient la continuation de l'avenue, mais ce fut avec tant de circonspection et de ménagement, que les ayant pris intermédiairement, elle ne gâta point la perspective que ces arbres formaient en répondant à l'avenue du château. Environ 25 ans après, et sur la fin de l'année 1722, Marie Viennot fit couper dix nouveaux pieds de cérisiers, qui dérangèrent tout le point de vue. M. le président de Migieu la fit assigner aux requêtes du palais, *pour voir dire qu'il serait maintenu dans le droit et possession de jouir de l'aspect de deux lignes d'arbres plantés pour agrandir l'avenue, dont ils étaient réputés faire partie; et que Marie Viennot serait condamnée à ses dommages intérêts résultans de ce qu'elle avait défiguré ses avenues, par les vides et interruptions qu'elle y avait causés.* Marie Viennot prétendit que la coupe qu'elle avait faite, il y avait environ 25 ans, lui avait acquis la libération de la Servitude que ce plan d'arbres avait pu former. Elle demanda en conséquence à être maintenue *en la libre possession et jouissance de la pièce de vigne et de ce qui était uni et incorporé au terrain qu'elle occupait.* M. de Migieu répondit que ce premier abattis n'avait pu interrompre la prescription de la Servitude, puisqu'il n'avait pas changé le point de vue de l'avenue. Une sentence du 17 février 1724 ordonna que, « sans » préjudice de toutes fins et exceptions, il se» rait reconnu par experts si les arbres abattus » dans la vigne de Marie Viennot, il y avait » 25 ans, n'étaient qu'intermédiaires, en sorte » qu'avant la coupe desdits arbres nouvelle» ment abattus, il en restât assez pour que la » figure de l'avenue ne fût point interrompue, » ni l'aspect changé ». Marie Viennot ayant interjeté appel de ce jugement, il fut confirmé avec amende et dépens.

Le second arrêt, qui est du 21 mars 1727, au profit du sieur Périgault, contre Louis Lordreau, a admis la preuve de la possession d'un droit de passage à travers une vigne, pour en aller cultiver une autre. Lalaure a tiré cet arrêt d'un recueil de M. le président Bouhier, où en sont cités quatre autres semblables.

Le troisième arrêt, qui est du 27 mars 1727, est aussi rapporté par Bannelier. Il a jugé, entre le sieur Grozelier, procureur du roi à Beaune, et le sieur Boussereau, notaire et procureur, 1° qu'on peut exhausser un mur de cloture mitoyen, pour y élever un bâtiment, sans s'occuper si la maison du voisin en doit être moins éclairée, ou si elle a été la première construite; 2° qu'on peut, en vertu de la simple possession, avoir une fenêtre dans un mur mitoyen; et 3° que, quoiqu'on ne soit pas régulièrement obligé en Bourgogne d'y mettre

er maillé et verre dormant, etc., on doit se soumettre à un tempérament aussi équitable, pour peu qu'il paraisse avoir été autrefois suivi. M. le président Boubier présidait à cet arrêt.

Le quatrième arrêt, qui est du 6 août 1739, prouve que les Servitudes rurales s'acquièrent par quarante ans de possession sans titre, contre l'église. Cet arrêt confirma une sentence interlocutoire du bailliage de Châlons, qui avait ordonné « qu'avant faire droit, Guillaume Faisan et Alexandre Foix feraient preuve » qu'ils étaient en possession depuis quarante » ans avant l'instance, tant par eux que par » leurs auteurs, de tirer de l'eau pour l'irrigation du pré Goujon, dans l'écluse du moulin du chapitre de S. Thomas de Guizot, » par l'écheneau dont il s'agissait; et que leurs » auteurs avaient fait poser l'écheneau qui » existait alors, à la place de l'ancien ».

Dans l'espèce du cinquième arrêt, il s'agissait d'un droit de passage prétendu par Claude de Lorieux, dans une charrière appartenant à Lazare Gien. Une sentence du bailliage de Montcenis avait ordonné que de Lorieux ferait preuve de sa possession trentenaire, sauf la preuve contraire. Gien en interjeta appel au parlement de Dijon; il y soutint, dans le fait, que de Lorieux avait un chemin plus court pour aller à son bois, et que, s'il avait usé de sa charrière, c'avait été par familiarité; ce qui ne pouvait former un titre, suivant Dunod et Cæpolla; et que, dans le droit, étant question d'une Servitude discontinue, il fallait une possession immémoriale ou un titre. De Lorieux soutint au contraire que la prescription trentenaire suffisait. Un premier arrêt avait ordonné que, par provision et sans préjudice de l'appel, la preuve serait faite. Cet arrêt exécuté, il en intervint un définitif à l'audience, le 29 décembre 1741, qui, en évoquant le principal, maintint de Lorieux dans le droit de passage avec dépens.

La même chose fut encore jugée aux requêtes du palais, au profit du sieur Benoist, lieutenant général de la table de marbre en Bourgogne.

Le sixième arrêt, du 6 août 1745, a aussi été rendu au sujet d'un droit de passage dans un champ. Les frères Quinson avaient fait assigner Jannon devant le juge d'Ander, *pour faire déclarer leur héritage libre et exempt de Servitude, et condamner Jannon aux dommages-intérêts résultant du dommage qu'il leur avait causé en passant sur leur héritage ensemencé de blé.* Sur la preuve de la possession immémoriale, faite par Jannon, en vertu d'un jugement interlocutoire, l'arrêt le maintint dans le droit de Servitude.

Le septième arrêt, qui est du 2 juin 1750, concerne les Servitudes urbaines. Il maintient, entre autres choses, le sieur Mongin, en vertu de la possession trentenaire, dans le droit de faire passer ses ouvriers dans une maison nouvellement acquise par les religieux de Cîteaux, lorsqu'il y aurait des réparations à faire dans son mur et sur les couverts de ses bâtimens, du côté du levant seulement.

Il faut remarquer néanmoins que cet arrêt fut rendu de concert; mais Lalaure dit qu'on lui a assuré que le plus grand nombre des juges étaient de l'avis de la prescription.

Quoique la Bresse et le Bugey soient du ressort du parlement de Bourgogne, ils ne sont pas néanmoins sujets à la coutume de Bourgogne. Ces pays, qui appartenaient autrefois au duc de Savoye, ont, par cette raison, des statuts et des usages particuliers (1).

Suivant ces usages, on y distingue les Servitudes continues d'avec les discontinues. Les premières seules s'acquièrent par la prescription trentenaire sans titre; les secondes ne s'acquièrent que par la possession immémoriale. C'est ce qui paraît établi par cinq arrêts qu'a rapportés Lalaure, liv. 2, chap. 7.

Le premier du 9 avril 1690, rejeta la preuve offerte par le nommé Gangier, de la possession trentenaire d'un droit de passage sur le champ du sieur Cointier, notaire à Bourg; et l'admit à la preuve de la possession immémoriale qu'il offrait subsidiairement.

Le second, du 31 mai 1715, infirma une sentence du bailliage de Châlons, qui avait admis le nommé Landry à la preuve de la possession trentenaire d'un pareil droit dans le pré de la dame Vanrignolle.

Dans l'espèce du troisième arrêt, qui est du..... 1722, il s'agissait encore d'un droit de passage sur un terrain situé entre deux maisons: la veuve Borsier en avait d'abord prétendu la propriété, en vertu d'un acte du 23 janvier 1539; mais elle avait ensuite abandonné cet acte et sa prétention même de propriété, pour se borner à réclamer sur ce terrain le droit de passage. L'arrêt ordonna qu'avant de statuer sur un pareil droit, la veuve Borsier prouverait qu'elle était en possession immémoriale de passer par la cour que le sieur Rouare prétendait lui appartenir.

(1) Il faut en excepter la Bresse-Châlonnaise, qui suit en général la coutume du duché de Bourgogne. On peut voir plus de détails à ce sujet dans la note 3 de Bannelier sur la préface de Davot.

Le quatrième arrêt fut rendu au sujet d'un semblable droit que François Caillard, praticien à Saint-Julien-sur-Viscle, bailliage de Bresse, prétendait sur les cours d'Étienne Chaluy. La question fut discutée très-amplement. « Ceux de messieurs qui tenaient la possession » trentenaire pour suffisante, se fondaient sur » les arrêts de 1648, 1660 et 1686, rapportés » par Taisand, et sur ceux de 1673 et 1706. D'un » autre côté, M. le président Boubier qui présidait, et ceux des messieurs qui se trouvaient » de son avis, et en plus grand nombre, observèrent que les textes qui favorisaient la possession de dix, vingt ou trente ans pour les Servitudes discontinues, étaient au nombre des lois » abrogées: qu'on voyait dans Catellan et les autres auteurs, que les parlemens de droit écrit » voulaient une possession immémoriale pour » les Servitudes discontinues: que cette jurisprudence avait prévalu à Besançon; que celle » du parlement de Dijon, pour les pays de droit » écrit, était fixée par les arrêts de 1690 et 1715; » qu'enfin, les arrêts rapportés par Taisand, » ne pouvaient faire loi, vu qu'ils étaient rendus » dans l'espèce de Servitudes imposées sur des » héritages régis par la coutume de Bourgogne » qui fixait les prescriptions à trente ans ». Tels furent les principes sur lesquels intervint l'arrêt par lequel Caillard *fut chargé de prouver une possession immémoriale, et condamné aux dépens.*

Le dernier arrêt, du 5 mars 1740, infirma encore une sentence du bailliage de Bresse, qui avait admis le sieur Charbonnier à prouver sa possession trentenaire de prendre des eaux pour l'irrigation de son pré dans le fonds de la dame de Saint-Martin. L'arrêt chargea le sieur Charbonnier de prouver la possession immémoriale.

ART. V. *Parlement de Grenoble.*

Bretonnier observe avec raison, dans ses *Questions alphabétiques*, au mot *Prescription*, qu'on n'en admet pas de moindre que celle de trente ans dans le Dauphiné.

Quant aux Servitudes en particulier, on y distingue d'abord les Servitudes urbaines et les Servitudes rustiques.

Par rapport aux Servitudes urbaines, on y suit les lois romaines pour les cas qu'elles ont prévus, et en n'y admettant toutefois que la prescription de trente ans. Mais lorsque ces lois gardent le silence, on a recours à la coutume de Paris, dont on suit bien des dispositions, par exemple l'art. 200 pour les vues et fenêtres.

A l'égard des Servitudes rustiques, les continues s'y prescrivent par trente ans, et les discontinues par la possession immémoriale, lorsqu'il n'y a pas de titre, suivant Guy-Pape, quest. 573, et un arrêt du 6 juillet 1639, rapporté par Basset, tome 1, liv. 2, chap. 19. Il s'agissait d'un droit de pacage prétendu par les consuls de la Fare, contre ceux de Poligny; l'arrêt rejeta la prescription de trente ans sans titre.

Guy-Pape prétend néanmoins que la prescription de trente ans sans titre est admise pour la Servitude de chemin, selon la disposition du droit; et l'on sent en effet que le droit d'usage peut être sujet à d'autres règles que les Servitudes véritablement réelles; aussi Expilly (plaidoyer 34) paraît-il rejeter la distinction des Servitudes continues et discontinues.

Quoi qu'il en soit, Lalaure assure que la jurisprudence du parlement de Dauphiné est absolument conforme à celle du parlement de Besançon.

ART. VI. *Parlement de Paris.*

Les provinces de Lyonnais, Forez et Beaujolais, sont soumises au droit écrit, quoique situées dans le ressort du parlement de Paris, et il en est de même d'une partie de l'Auvergne: cependant quelques jurisconsultes ont voulu y introduire la maxime, *nulle Servitude sans titre*, contenue dans la coutume de Paris.

Brodeau, sur l'art. 186 de cette coutume, n° 8, assure même « qu'on le pratique *de notoriété* dans la ville de Lyon *et autres* » *pays circonvoisins de droit écrit*; où l'on » suit la décision du présent article, qui rejette la prescription centenaire, sans titre » par écrit ou autre preuve littérale, et qu'on » l'a ainsi jugé par plusieurs arrêts (1) ».

Henrys, tome 1, liv. 4, quest. 79, s'est fort récrié contre cette opinion: il observe que ceux qui ont rédigé la coutume de Paris, n'avaient ni le pouvoir ni l'intention de régler les usages de tout le royaume; que cela n'appartenait qu'au roi et aux états-généraux. Il cite même une sentence du présidial de Forez, qui jugea qu'une Servitude avait pu être acquise par trente ans.

Lalaure, liv. 2, chap. 9, prétend qu'il y a contradiction à cet égard dans ce que dit Hen-

(1) Guyot, sur l'art. 94 de la coutume de Mantes, qui renvoie à la prescription de droit écrit pour les Servitudes qui sont hors de la ville, prétend « qu'en » pays de droit écrit, la maxime inviolable est que » la possession pour acquérir *Servitude* doit commencer par la contradiction ». Mais cette opinion ne repose que sur les gloses de quelques docteurs.

rys, parceque le droit romain admet la prescription de vingt ans, et que la sentence n'admit que celle de trente ans. Mais si l'on s'en tient aux vrais principes du droit romain, on ne doit admettre la prescription de dix et vingt ans qu'avec un titre, comme on l'a vu dans le paragraphe précédent; et il y a lieu de croire que, dans l'instance dont parle Henrys, il était question d'une prescription sans titre. Cela résulte des expressions de Henrys : « Il fut jugé » (dit il) que le droit de Servitude pouvait » s'acquérir par trente ans *maximè in prædiis* » *rusticis*; et qu'autrement, la conséquence » en serait fort dangereuse, parceque les ti- » tres ayant été perdus par les guerres ou les » pestes, ou par le changement des héritages » qui se vendent par décret, de ceux qui au- » ront droit de passage, à peine s'en trouve- » rait-il dix qui pussent le justifier par titre ».

Cependant le même auteur paraît douter, tome 2, liv. 4, quest. 35, si la prescription est admise en matière de Servitudes. Il convient même, tome 1, liv. 4, quest. 80, qu'il y a eu un arrêt du 17 mai 1631, confirmatif d'une sentence de la sénéchaussée de Lyon, qui avait condamné le nommé Thorel à retirer sur soi toutes les eaux des couverts de sa maison, en sorte qu'elles ne pussent plus tomber dans le jardin du sieur Mercier, et qui avait réglé les jours et fenêtres de la même maison, d'une manière assez conforme à ce que prescrit la coutume de Paris, à cet égard, *suivant les us et coutumes dudit Lyon*. Mais outre qu'on ne voit point si Thorel avait une possession suffisante pour acquérir la prescription, Henrys ajoute *qu'en tout ce qui n'est point contraire aux lois romaines, et lorsqu'elles n'en décident rien, on peut, pour les Servitudes et l'usage d'icelles, se régler sur la coutume de Paris.*

Bretonnier, dans ses observations sur Henrys, donne à-peu-près la même distinction. « M'étant informé (dit-il) de cette question » sur les lieux, on m'a assuré qu'il faut trente » ans pour acquérir une Servitude par pres- » cription. *La raison peut en être qu'ordinai-* » *rement celui qui prescrit, n'a point de ti-* » *tre* ».

Cet auteur observe néanmoins que, « dans » la ville de Lyon, on suit, en quelque façon, » la coutume de Paris pour les Servitudes » urbaines, parceque, dans une ville aussi » grande et aussi belle, il est de la bienséance » et de la police qu'on ne puisse pas avoir des » Servitudes sur son voisin, sans titre. Cela » (dit-il) peut avoir lieu aussi pour les autres » villes de la province; mais je doute que cela » puisse être étendu jusqu'aux villages et aux » maisons de la campagne ».

Bretonnier cite, à cette occasion, la constitution de Justinien, qui ordonne de suivre la police et la manière de bâtir réglée par Zénon, à Constantinople, dans toutes les villes de l'empire, mais non pas dans la campagne. « En » effet (ajoute-t-il), on juge à Lyon que, dans » les faubourgs, un voisin peut avoir des vues » droites sur le clos de son voisin. La sentence » qui l'avait ainsi jugé, a été confirmée par un » arrêt du 20 août 1668, qui est rapporté dans » le *Journal des audiences*, tome 3, liv. 2, » chap. 23 ».

Mais cet arrêt ne prouve rien, puisqu'il ne s'agissait que de vues droites sur des vignes, comme Lalaure l'a fort bien observé.

Quoi qu'il en soit, Lalaure rapporte l'extrait d'une lettre du 22 juillet 1758, qui lui a été adressée par l'un des premiers magistrats de la sénéchaussée et cour des monnaies de Lyon, et après avoir été communiquée à sa compagnie, où il annonce qu'on y suit l'art. 186 de la coutume de Paris *pour les Servitudes urbaines*, mais que *les Servitudes rurales* se prescrivent suivant le droit romain.

Lalaure observe qu'on en doit excepter les Servitudes d'aqueduc et dégoût incorporé, qui, dit-il, se prescrivent par trente ans, parceque les constructions qu'il faut faire, ne peuvent guère avoir été faites sans le consentement du propriétaire du fonds; et que ces sortes de Servitudes peuvent même être considérées comme un droit de propriété, suivant la note de Dumoulin sur l'art. 230 de la coutume de Blois, rapportée ci-après, §. 24, art. 1, n° 1.

La jurisprudence qui s'observe en Lyonnais sur les Servitudes, est aussi adoptée dans la principauté de Dombes, qui ressortit au parlement de Paris, depuis sa réunion à la couronne, mais qui, auparavant, avait, comme on le sait, un parlement particulier et un conseil souverain. Les Servitudes rustiques s'y prescrivent indistinctement par trente ans contre les laïcs, et quarante ans contre l'église.

Tel est l'usage de ce petit pays. Deux arrêts l'ont ainsi jugé : le premier émané du parlement de Dombes, a été rendu au profit du nommé Guilion, pour un droit de passage; le 16 mai 1713; le second a été rendu au conseil souverain de cette principauté, au profit du sieur Aubert pour un droit de prise d'eau. Il faut néanmoins remarquer que, dans cette dernière affaire, le sieur Aubert avait articulé et prouvé la possession immémoriale.

Quant aux Servitudes urbaines, on est dans l'usage d'y suivre la coutume de Paris.

ART. VII. *Parlement de Pau.*

Ce parlement a, dans son ressort, la province de Béarn et la Basse-Navarre, qui suivent des lois différentes à cet égard.

La coutume de Béarn, titre *des prescriptions*, art. 4, veut que, pour prescrire des Servitudes, on suive le *droit commun*, c'est-à-dire, le droit écrit.

Lalaure conclud de là que les Servitudes continues s'y acquièrent sans titre, par une possession de dix années entre présens, et de vingt ans entre absens, et que les discontinues ne peuvent s'acquérir sans titre que par la possession immémoriale.

Mais on a vu dans le paragraphe précédent, n° 3, que ce n'étaient point là les principes du droit romain; et l'on ignore si la jurisprudence du parlement de Pau y a dérogé sur ce point.

Quant à la Basse-Navarre, l'art. 8 du tit. 25 de la coutume dit que les Servitudes, tant continues que discontinues, se prescrivent par une jouissance paisible, avec titre et bonne foi, par dix ans entre présens, et vingt ans entre absens. L'art. 9 porte qu'on ne prescrit les unes et les autres sans titre que par une possession immémoriale. Et l'art. 22 ajoute que, par quelque laps de temps que ce soit, de trente et quarante ans, et même par la possession immémoriale, on ne peut acquérir de Servitude sans titre en terre ou place vide appartenant au seigneur; et quelque temps qu'on ait passé avec des bestiaux dans un champ non clos ni cultivé, le propriétaire pourra le faire labourer, cultiver et fermer à son profit, et comme bon lui semblera.

ART. VIII. *Parlement de Toulouse.*

On n'admet au parlement de Toulouse la prescription de dix et vingt ans, que pour l'hypothèque; mais la propriété ne s'acquiert que par trente ans.

Ce principe est aussi admis pour les Servitudes continues. Fromental, dans ses *décisions de droit*, au mot *Servitude*, rapporte un arrêt du 4 mai 1714, qui l'a ainsi jugé pour le droit de vue.

A l'égard des Servitudes discontinues, qui ne peuvent s'exercer que par le fait de l'homme, elles ne peuvent s'acquérir dans le ressort de ce parlement, que par titre ou possession immémoriale. On se fonde, pour cela, sur la loi 3, §. 4, D. *de aquâ quotidianâ et æstivâ*; qui dit que la possession immémoriale d'une prise d'eau tient lieu de titre.

Maynard, liv. 10, chap. 9, Catellan, liv. 3, chap. 7, Berthou en ses décisions, titre *des Servitudes*, l'enseignent unanimement.

Cependant Fromental dit que la Servitude de passage s'acquiert par trente ans sans titre, lorsque la possession est au vu et au su du propriétaire. Il assure, d'après Graverol, que la question fut ainsi jugée par un arrêt du 14 mai 1665, qui maintint un particulier dans le droit de passer dans le fonds d'un autre avec ses bestiaux, à l'effet de les faire abreuver à une fontaine qui y était, en justifiant par lui qu'il y avait fait passer ses bestiaux pendant trente ans. Mais il cite plus bas un arrêt contraire du 29 mai 1721, rapporté par Vedel sur Catellan, liv. 3, chap. 6; et il ajoute que, si la fontaine était située dans la cour ou dans la maison du voisin, ceux qui y auraient puisé de l'eau pendant un temps immémorial, ne pourraient y prétendre aucun droit, parcequ'il est censé que c'est par honnêteté et familiarité. Le même auteur rapporte un dernier arrêt du 12 août 1734, qui a rejeté la possession trentenaire où le sieur Albare prétendait être d'aller puiser de l'eau au pré du sieur de Bezombe.

Enfin, Lalaure observe que les Servitudes négatives ne se prescrivent qu'à compter du jour de la défense, ce qui est très-juste.

ART. IX. *Conseil souverain de Colmar.*

L'Alsace est régie par le droit écrit, sauf en ce qui est décidé par les usages locaux et les lois particulières à cette province; mais on y suit en général le droit écrit pour la prescription des Servitudes.

On y distingue néanmoins les Servitudes continues d'avec les discontinues. Les premières se prescrivent par dix ans entre présens, et vingt ans entre absens. Lalaure observe, à cet égard, liv. 2, chap. 13, qu'on n'y est pas bien d'accord sur le point de savoir quels sont ceux qui sont réputés absens; mais cette difficulté n'est pas plus relative aux Servitudes qu'à tout autre objet susceptible de prescription.

Quant aux Servitudes discontinues, la jurisprudence du conseil supérieur est d'exiger, pour leur établissement, ou un titre, ou une possession immémoriale. Cette jurisprudence est conforme à celle de la chambre impériale, attestée par Mynsinger, cent. 4, obs. 33, et par Gail, liv. 2, obs. 56. Tout cela est certifié dans une lettre du 13 mai 1750, adressée à Lalaure par M. le premier président du conseil souverain d'Alsace.

§. XXIII. *De l'établissement des Servitudes par la prescription dans les pays coutumiers en général.*

Il y a sur ce point, comme sur tous les autres, une diversité presque infinie dans nos coutumes. On remet à traiter l'historique de nos lois à cet égard, au mot *Voisinage*, §. 1, parceque les usages et les réglemens de police dans cette matière, ont eu la plus grande influence sur la prescription des Servitudes en pays coutumier. Il suffira de faire ici une ou deux observations.

Il n'est pas douteux que nos lois sur la prescription en général n'aient été principalement puisées dans le droit romain; on le consultait même autrefois dans les pays coutumiers, pour la prescription des Servitudes, comme on en peut juger par tous nos plus anciens commentateurs; mais on l'avait différemment modifié dans chaque endroit, en suivant les interprétations diverses que les docteurs ont données à ce sujet, et qui ont tant influé sur la jurisprudence même des pays de droit écrit, comme on l'a vu dans les deux derniers paragraphes.

Les inconvéniens des Servitudes dans les villes, la négligence ou la connivence même des locataires pour les maisons que les propriétaires n'habitaient pas, l'usage général enfin de permettre certaines vues sur les voisins, ont fait abroger les lois de la prescriptibilité dans la ville de Paris et dans beaucoup d'autres. On retrouve la prescription prohibée pour les vues et égoûts, dans le *Grand coutumier*, dans les *coutumes notoires du chatelet*, art. 8, 77, 78 et 156, et dans la *décision* 389 de Jean des Mares, qui sont du quatorzième siècle. Mais Jean des Mares doute si cette règle doit s'étendre aux autres Servitudes.

L'ancienne coutume de Paris même ne prononçait l'imprescriptibilité des Servitudes, qu'*en la ville et faubourgs de Paris*, seulement; et cette restriction se retrouve encore dans quelques coutumes. Mais l'art. 186 de la nouvelle coutume a rejeté cette distinction, et la jurisprudence tend beaucoup à rapprocher les autres coutumes de cette règle.

§. XXIV. *Des coutumes qui rejettent l'établissement des Servitudes par prescription.*

On peut diviser ces coutumes en trois classes: la première contient *les coutumes qui rejettent toute Servitude sans titre*, comme la coutume de Paris. La seconde a pour objet *les coutumes qui, en rejetant la prescription, n'énoncent qu'un certain nombre de Servitudes, sans s'expliquer sur les autres.* La troisième enfin, comprend *les coutumes qui rejettent la prescription des Servitudes, à moins que la possession n'ait été précédée de contradiction.*

ART. I. *Coutumes qui rejettent toutes les Servitudes sans titre.*

I. L'art. 186 de la coutume de Paris porte que « droit de Servitude ne s'acquiert par longue jouissance, quelle qu'elle soit, sans titre, » encore qu'on en ait joui par cent ans; mais » la liberté se peut acquérir contre le titre de » Servitude, par trente ans entre âgés et non » privilégiés (1) ».

Cette décision est tirée d'une ordonnance de Charles VIII, de 1495, dont l'art. 5 porte qu'*aucun droit ne peut être acquis sans titre spécial faisant mention de la Servitude.*

Les coutumes de Bayonne, tit. 1, art. 1, de Calais, art. 172, de Cambrai, tit. 27, art. 6, de Clermont en Beauvoisis, art. 216, de Crespy, art. 124, de Dourdan, art. 63, de la ville de Lille, chap. 6, art. 9, de Limoges, art. 38, de Montfort-l'Amaury, art. 85, d'Orléans, art. 155, 226, 248, 251 et 253, de Sedan, art. 278 et 294, de Tournay, chap. 22, art. 1, et de Troyes, art. 61, ont des dispositions conformes.

Toutes ces coutumes ne s'expliquent pas dans les mêmes termes. On a déjà parlé des coutumes de Bayonne et de Limoges dans le §. 23, art. 3, en rendant compte de la jurisprudence du parlement de Bordeaux. Celles d'Auxerre, Calais, Dourdan, Montfort-l'Amaury, Paris et Tournay, sont les seules qui excluent nommément la prescription centenaire. D'autres énoncent la possession immémoriale; d'autres enfin, comme celle d'Orléans, disent simplement que la prescription n'a pas lieu *par quelque laps de temps que ce soit*

Plusieurs auteurs, tels que Pothier sur cette dernière coutume, pensent que la possession centenaire n'est point exclue par ces mots, *quelque laps de temps que ce soit.* Cela est conforme, dit Pothier, à la doctrine de Dumoulin, qui enseigne, en son conseil 26, nos 24 et 25, que la possession centenaire a la force de titre, et n'est jamais censée exclue par une loi prohibitive, ni par quelques termes que ce soit. La raison sur laquelle se fonde la

(1) Il n'est que tion ici que de la première partie de cet article, qui est relative à l'acquisition des Servitudes par la prescription. On traitera de la prescription contre les Servitudes, dans le §. 34.

coutume de Paris, est que la possession précaire, telle qu'est présumée celle des Servitudes sans titre, ne cesse pas d'être précaire par le laps de temps, quel qu'il soit. Mais on peut répondre que le laps de temps peut faire changer les présomptions touchant la qualité d'une possession dont on ne connaît pas l'origine, sans faire changer la qualité même de la possession, parcequ'une possession aussi longue fait présumer un titre qui s'est perdu par l'injure des temps. Ricard, sur la coutume de Senlis, rapporte un arrêt du 11 février 1658, qui l'a ainsi jugé dans la coutume de Valois, qui porte que *prescription n'a point de lieu, si ce n'est par titre spécial.*

Pothier ajoute néanmoins « que, quelque » puissantes que soient ces raisons et ces autorités, on aurait peut-être aujourd'hui de » la peine à réussir à établir une Servitude » sans titre par la seule possession centenaire, » parceque la nouvelle jurisprudence incline » beaucoup à interpréter les autres coutumes » par celle de Paris ».

Brodeau, sur l'art. 186 de la coutume de Paris et la plupart des nouveaux commentateurs sont de ce dernier avis. On trouve même dans la cent. 2 de Leprêtre, un arrêt du 4 mai 1570, qui l'a ainsi jugé pour un droit de vues, contre les Blancs-Manteaux, quoique l'ancienne coutume de Paris fût entièrement conforme à l'art. 124 de la coutume de Valois.

Enfin, Lalaure rapporte, liv. 3, chap, 12, un dernier arrêt qui a exclu la preuve de la possession immémoriale dans la coutume de Senlis, dont l'art. 268 est aussi conforme à l'art. 124 de celle de Valois.

Il s'agissait, dans cette affaire, de deux petites fenêtres que Nicolas Roche et Marie-Louise Barbeau, sa femme, avaient dans leur maison située au village de Baron près Senlis. Ces deux fenêtres, qui étaient aussi anciennes que l'édifice, servaient à donner du jour sur l'escalier; mais elles formaient des vues droites sur la cour de Henri-Michel Varlet, huissier et greffier de la prévôté de Baron.

Ce dernier fit assigner Roche et sa femme, le 18 novembre 1745, à la justice de Baron, pour se voir condamner à justifier des titres en vertu desquels ils jouissaient des vues qu'ils avaient dans leur escalier, et faute de ce faire, être condamnés à les boucher.

Roche et sa femme se défendirent sur leur possession immémoriale : ils furent néanmoins condamnés à boucher ces vues, et la sentence fut confirmée à Senlis.

Roche et sa femme interjetèrent appel au parlement; ils se défendirent avec beaucoup de force, et se fondèrent principalement sur la décision de Dumoulin, sur l'arrêt de 1658, rendu pour la coutume de Valois, et sur l'opinion de Ricard et de Saint-Leu, qui disent que cet arrêt *avait depuis passé pour loi dans les coutumes de Senlis et de Clermont.* Ils invoquaient enfin un arrêt du 6 février 1745 qui, en confirmant une sentence de Senlis, ordonnait que le nommé Verneau serait tenu d'avouer ou contester la possession que la veuve Lenoir alléguait avoir d'une ouverture fermée de barreaux de bois dans le mur qui séparait sa maison du jardin de Verneau.

Mais on pouvait répondre que, dans l'arrêt de 1658, il s'agissait d'un droit d'égout, que Dumoulin, sur l'art. 130 de la coutume de Blois, et bien d'autres auteurs regardent moins comme une servitude, que comme une sorte de propriété.

Quant à l'arrêt de Verneau, il n'a rien prononcé sur le fond de la question. Ce particulier, au lieu de contester la possession, devait l'avouer, et se borner à soutenir qu'elle ne lui portait aucun préjudice. L'affaire fut rapportée à la quatrième chambre des enquêtes, où elle fut discutée avec beaucoup de soin..

Avant de juger la question, on crut même devoir consulter les chambres et inviter deux de MM. de chacune, d'assister au jugement du procès. L'arrêt rendu le 13 mars 1755, confirma la sentence de Senlis, et condamna Roche et sa femme, malgré la possession immémoriale par eux alléguée, à boucher leurs vues et fenêtres, si mieux ils n'aimaient les réduire suivant les us et coutumes.

Lalaure observe néanmoins « que la note » que l'avocat des appelans lui avait donnée de » cet arrêt, faisait mention qu'il y avait douze » juges contre l'arrêt, et seize pour; et que, » dans le nombre des députés des chambres, » la pluralité était pour admettre la posses- » sion immémoriale ».

On peut remarquer enfin, pour terminer ce qui concerne cette question, que presque toutes les coutumes qui excluent la prescription *par quelque laps de temps que ce soit*, ajoutent expressément qu'elle n'est pas suffisante sans titre. Legrand, sur l'art. 63 de la coutume de Troyes, gl. 6, conclud de là, non sans quelque raison, « que ces mots montrent évidem- » ment que le titre est du tout nécessaire pour » acquérir par prescription les Servitudes, et » que c'est l'intention de la coutume, suivant » les auteurs, nonobstant qu'elle n'ait pas » ajouté, *encore qu'on en ait joui par cent* » *ans*, comme la coutume de Paris, art. 186 ».

Il faut en excepter néanmoins les coutumes de Lille, de Limoges, de Sedan et de Tournay. Celle de Lille porte que « possession et

» prescription n'ont point lieu pour cours » d'eau, vues ou autres Servitudes, entre cir» convoisins, s'il n'en appert par lettres *ou* » *autrement dûment* ». La coutume de Limoges dit : *si l'on n'a titre ou quelque signe équipollent à titre;* celle de Sedan porte : *sans titre, ou chose équipollente à titre;* enfin, celle de Tournay dit : « S'il n'est fondé de » juste titre, dont il est tenu de faire apparoir » dûment par lettres passées devant lesdits » échevins, ou autrement suffisamment ».

Il ne faut pas croire que ces coutumes aient entendu par-là autoriser la prescription des Servitudes visibles : elles veulent seulement que certains signes puissent tenir lieu de titres pour certaines sortes de Servitudes, de la même manière que la coutume de Paris, dans l'art. 214, et presque toutes les autres, indiquent des signes de mitoyenneté ou d'exclusion de mitoyenneté dans les murs de clôture.

Ces signes de Servitude peuvent varier suivant les lieux. On doit, à cet égard, s'en rapporter aux usages et aux coutumes de chaque endroit. Par exemple, la coutume de Tournay a quelques dispositions à ce sujet, au titre *des héritages*. L'art. 6 dit que *des corbeaux désignent que celui du côté duquel ils sont, a droit d'héberge audit mur, et d'asseoir ses poutres sur les corbeaux, mais non de les entrer dans le mur.* L'art. 7 ajoute que *celui qui n'a que ce droit d'héberge, est sujet de recevoir les eaux du voisin à qui le mur appartient, si son héritage est à ce apte et disposé.*

Plusieurs auteurs proposent une exception à la règle *nulle Servitude sans titre*, pour les égoûts incorporés qui ne tombent pas seulement sur le fonds du voisin, mais qui sont bâtis dans son héritage, ou qui y sont appuyés. Ils pensent qu'on peut les acquérir sans titre par prescription; c'est la décision de Dumoulin sur l'art. 230 de la coutume de Blois : *Intellige*, dit-il, *de simplici stillicidio in aredi, id est, non quiescente in fundo vicini, sive pendeat suprà fundum vicini, sive non pendeat, sed in illud stillet; secùs de incorporato et inædificato visibiliter, vel quiescente super fundo vicini, per l.* in vendendo, D. *de contrahendâ emptione.*

Coquille est du même avis sur la coutume de Nivernais, chap. 10, art. 2, au mot *Egoût*. « Il semble (dit-il) qu'il faudrait excepter, si » celui qui fait égoutter ses eaux, avait fait » quelque structure destinée expressément » pour les faire ainsi fluer, laquelle structure » fût incorporée en l'héritage du voisin, ou » reposât et portât sur icelui; car, en tel cas, » il n'y a pas simple souffrance, mais il y a » œuvre destinée pour entreprendre sur au» trui, qui est acte de vraie possession et sai» sine. L. *Servitutes quæ, D. de Servit. urb. » prœd.*, et à ce fait la distinction qui est ès » lois romaines *de immisso et projecto* ».

Chopin, sur l'ancienne coutume de Paris, liv. 1, tit. 4, et Ferrière, sur l'art. 186 de la nouvelle, gl. 1, n° 20, admettent aussi cette distinction. Lhoste, sur la coutume de Montargis, chap. 10, art. 1, dit qu'on le jugea ainsi en son bailliage, le 20 juin 1607, *pour un droit de gouttière assis sur la muraille de Jean Foucher;* mais qu'il y eut appel au parlement, et que le procès ayant été brûlé dans l'incendie de la grand'salle en 1618, la *question demeura indécise.*

Enfin, Ragueau, sur l'art. 2 du tit. 11 de la coutume de Berri, dit aussi qu'il l'a jugé de cette manière entre deux bourgeois de Meung, pour deux maisons qui avaient appartenu, cinquante ans auparavant, au même propriétaire, quoiqu'il n'en eût été rien dit dans le contrat de vente que le propriétaire avait fait de l'une de ces deux maisons, qu'il avait vendue seulement avec ses droits. Il ajoute que son jugement fut confirmé par le présidial de Bourges.

Cependant Desgodets, dans ses notes sur l'art. 186 de la coutume de Paris, nos 7 et 8, rejette absolument cette distinction, et décide qu'il faut nécessairement avoir des titres valables, pour que le égoûts soient réputés Servitudes. Il n'excepte de cette règle que « les » aqueducs publics dans les villes, et les petites » rivières et ruisseaux en campagne, qui ser» vent à écouler les eaux de tout un pays; les» quels passent quelquefois sur différens héri» tages, et auxquels chacun de ces héritages » a droit de faire écouler ses eaux, sans que » les autres en puissent empêcher ».

Cette exception ne peut pas être contestée, parcequ'elle a pour objet des Servitudes légales, comme on le verra au mot *Voisinage*. Quant au sentiment de Desgodets sur les autres sortes d'égoûts, il faut avouer qu'il paraît le plus conforme aux décisions de notre droit coutumier. Plusieurs des coutumes qui ont adopté la maxime, *nulle Servitude sans titre*, énoncent en propres termes les égoûts. Quelques-unes même ne nomment que cette espèce de Servitude et une ou deux autres. Cependant aucune n'a songé à distinguer les différentes sortes d'égoûts; ce qui semble annoncer qu'elles ont entendu les comprendre toutes dans leurs dispositions.

S'il s'agissait néanmoins d'un égoût voûté et édifié sous la maison d'un voisin, et dont l'ouvrage fût bien apparent, la possession imme-

mémoriale le ferait sans doute confirmer. C'est alors plutôt propriété que Servitude, comme le dit Bourjon, tome 2, livre 4, tit. 1, chap. 1, sect. 3. Mais cet auteur suppose mal à propos que Brodeau, sur Louet, rapporte des arrêts qui l'ont ainsi jugé.

Pesnelle, qui est tombé dans la même erreur, rapporte, sur l'art. 607 de la coutume de Normandie, un arrêt du parlement de Rouen, sans date, « par lequel il fut jugé » qu'une chausse de cloaque, qui était bâtie » sur la cour dépendante de la maison de la » Grange, et même une galerie qui était élevée sur ladite cour, pour aller au siége dudit » cloaque, n'étaient point une Servitude, mais » un droit de propriété qui n'avait point besoin de titre ».

II. Il faut bien prendre garde, au surplus, que les coutumes de cette classe, et toutes celles qui admettent la maxime, *nulle Servitude sans titre*, n'entendent pas néanmoins rejeter toute sorte de prescription. C'est ce que Pothier établit fort bien dans son introduction au titre *des Servitudes* de la coutume d'Orléans, n° 9 :

« Si le possesseur (dit-il) de l'héritage voisin, qui passait pour en être le propriétaire, sans l'être effectivement, m'a accordé sur cet héritage un droit de Servitude, ce possesseur n'ayant pu me donner un droit dans une chose dans laquelle il n'en avait pas lui-même, je n'en acquiers aucun; mais j'acquiers au moins *causam usu capiendi*. Car si, en vertu de ce titre, j'use *pendant trente ans* du droit de Servitude, j'acquerrai le droit par la prescription.

» Ma possession n'est pas, en ce cas, destituée de titre, puisque je possède en vertu d'un titre d'acquisition *ab eo quem bonâ fide credebam dominum esse*; et ma possession ne peut passer pour une tolérance, puisque j'use du droit de Servitude en ce cas, *tanquam justè existimans me jus servitutis habere* ».

Legrand est du même avis sur l'art. 61 de la coutume de Troyes, gl. 6, n° 8.

Duplessis, liv. 1, observe aussi que la Servitude ayant été prescrite, pour la libération, contre le titre, elle se peut réacquérir par la prescription de 30 ans, à cause de l'ancien titre, parceque cette dernière possession n'est pas tant une prescription qu'une présomption qu'on n'a pas voulu tirer avantage de la première, mais exécuter de bonne foi le titre.

ART. II. *Coutumes qui, en rejetant toute prescription, ne parlent que de quelques Servitudes, sans s'expliquer sur les autres.*

I. Ces coutumes sont celles d'Auxerre, art. 100 et 114; Bassigny, art. 181 et 187; Blois, art. 230; Chartres, art. 80; Château-Neuf, art. 95; Dreux, art. 68; Etampes, art. 72; Gerberoy, art. 81; la Gorgue, art. 50; Loûdunois, chap. 21, art. 1; Melun, art. 188; Montargis, tit. 10, art. 1; Normandie, art. 608; Noyon, art. 32; Péronne, art. 212; Senlis, art. 268; Touraine, art. 212; Troyes, art. 61; Valois, art. 124, et Verdun, tit 15, art. 3.

Toutes ces coutumes ne sont pas conçues dans les mêmes termes.

Celle d'Auxerre ne nomme que *les vues et égoûts sur l'héritage d'autrui* dans l'art. 100, et le droit de *passage* dans l'art. 114.

La coutume de Montargis est dans le même cas.

Celles de Chartres et de Château-Neuf ne parlent que *des vues et fenêtres*.

Celles de Bassigny, Blois, Dreux, Gerberoy, Loudun, Senlis, Sens et Touraine, n'énoncent que *les vues et égoûts*.

La coutume de Valois dit, *en matière de vues, égoûts et glassouères* (fosses d'aisances).

La Gorgue ne parle que *des gouttières, issues d'eau, piscine ou ressort, tombans ou courans sur, parmi ou au travers de l'héritage de son voisin*.

La coutume de Melun dit, *droit de vues, égoûts autres semblables Servitudes de maisons et édifices*.

Celle de Normandie, *droitures de Servitudes de vues, égouts de maisons et autres choses semblables*.

Celle de Noyon, *vues, égoûts, enclaves, et autres édifices secrets*.

Celle de Péronne ne parle non plus que de *vues, égoûts, entrées, issues et enclaves*.

Celle de Troyes dit : « Ceux auxquels appartiennent *héritages, maisons, places ou édifices à Troyes*, joignans et contigus les uns aux autres, n'acquièrent l'un sur l'autre aucune Servitude ni possession de porter et soutenir *toutes vues d'huis, fenêtres, ou passages* les uns sur les autres, par quelque temps qu'ils aient permis ou souffert les choses devant dites, si ce n'était que de ce eût titre exprès ».

Enfin, la coutume de Verdun nomme *les Servitudes tant d'égoûts d'eau, chinées, vues et chemins sur fonds d'autrui*.

II. Les auteurs ont été partagés sur le point de savoir si les décisions de ces différentes coutumes devaient s'entendre de toutes les Servitudes en général, ou de toutes Servitudes

urbaines seulement, ou même uniquement de celles de ces Servitudes qui sont littéralement exprimées dans le texte.

On convient assez généralement que les expressions de ces coutumes ont eu pour objet toutes les Servitudes urbaines, lors même qu'elles se contentent d'énoncer une ou deux de ces Servitudes, sans y ajouter des termes généraux, comme ont fait les coutumes de Melun, de Normandie et de Noyon; mais il s'en faut beaucoup que les auteurs soient également d'accord sur l'extension qu'on voudrait faire de cette disposition aux Servitudes rustiques, lors du moins que les coutumes ne désignent aucune de ces Servitudes.

Pallu, sur la coutume de Touraine, et Legrand sur l'art. 61 de la coutume de Troyes, gl. 1, nos 7 et 8, soutiennent que cette extension ne doit point avoir lieu, parceque l'imprescriptibilité des Servitudes est contraire au droit commun, et que l'énonciation d'un objet semble, de plein droit, porter l'exclusion des autres.

Couart, sur l'art. 79 de la coutume de Chartres, et Legrand, d'après lui, no 11, citent un arrêt qui l'a ainsi jugé, suivant eux, pour des vues et un soupirail dans la campagne.

Il faut avouer que le texte de la coutume de Troyes n'a évidemment pour objet que les Servitudes de ville, et même uniquement celles de la ville de Troyes, quoique le même Legrand pense que la disposition de cette coutume doit être étendue aux édifices des villes, bourgs et villages qui y sont soumis, en invoquant assez inconséquemment le droit commun à cet égard.

Il en est de même des coutumes de Melun, Normandie et Noyon, dont les expressions indiquent assez qu'elles ne se sont occupées que des Servitudes des édifices; mais il ne faut pas conclure de là qu'aucune de ces coutumes n'ait entendu exclure de la loi de l'imprescriptibilité les Servitudes rurales: il s'ensuit seulement qu'elles n'ont entendu rien prononcer sur cet objet, soit que les rédacteurs de ces coutumes n'aient point songé aux Servitudes rurales, soit qu'ils n'eussent pas d'usage bien constant à cet égard.

Il est important de remarquer, en effet, que nos coutumes ne sont point des codes complets de législation, où l'on ait entendu régler tous les objets du droit civil; ce sont de simples recueils des points sur lesquels il y avait une pratique et des usages bien avérés. Lors donc qu'une coutume ne parle que d'un point relativement à la prescription, on ne doit pas croire qu'elle en excepte tous les autres, mais seulement qu'elle a entendu ne pas le décider. Ainsi, les coutumes qui n'ont déclaré imprescriptibles que les Servitudes urbaines, ou les plus communes d'entre elles, n'ont point supposé prescriptibles les Servitudes rurales. Elles ont laissé la décision de ce qui les concernait, au droit commun des pays coutumiers.

D'après cela, la question ne peut pas être embarrassante. On sait que presque toutes les additions qui ont été faites à la coutume de Paris, lors de la réformation, ont eu pour objet les usages du droit commun que la dernière jurisprudence avait consacrés. L'art. 186 de la nouvelle coutume de Paris est particulièrement dans ce cas; il a été subrogé à l'art. 80 de l'ancienne coutume, qui ne parlait que de la ville et des faubourgs.

Aussi tous les commentateurs de la coutume de Paris supposent-ils que cet article ne fait qu'exprimer le droit commun; et l'on verra, dans le §. 27, que c'est l'opinion des jurisconsultes les plus estimés. Il suffira de dire ici que la plupart des commentateurs le décident ainsi pour les coutumes qui ne parlent que des Servitudes urbaines. Tel est en particulier l'avis de Lamy sur l'art. 72 de la coutume d'Etampes; de Champy, sur l'art. 75 de la coutume de Meaux; de Buridan, sur celle de Noyon, art. 32; de Ricard, sur celle de Senlis, art. 263, et de Bouchel, sur l'art. 124 de celle de Valois.

Lhoste, sur le tit. 10, art. 1, dit « qu'on » l'a ainsi jugé par arrêt confirmatif d'une sen» tence rendue en ce bailliage, au rapport de » M. Viallard, peu après Pâques 1567, pour Jean » Auger, dit Didier, contre les Guévichots, » de Châtillon-sur-Loing, quoiqu'ils eussent » vérifié pleinement leur jouissance de passage » par plus de soixante ans consécutifs ».

Louis, sur l'art. 462 de la coutume du Maine, observe que les coutumes n'ont exprimé les Servitudes urbaines que comme les plus ordinaires, mais que les unes et les autres sont également contraires à la liberté naturelle.

La Villette, sur l'art. 112 de la coutume de Péronne, qui énonce *les vues, égoûts, entrées et enclavures*, dit qu'il croirait que les autres doivent être exceptées de la règle, « si ce n'était l'avis que nous donne Dumoulin » sur l'art. 80 de l'ancienne coutume, et sur » Alexandre, liv. 5, con. 69, no 7, que » c'est un droit général en toute la France » que le droit de Servitude ne se peut pres » crire *sans titre*; aussi (ajoute-t-il) est-ce la » décision de l'art. 186 de la nouvelle coutume » de Paris ».

Quant à l'arrêt rendu pour la coutume de Chartres, dont parlent Couard et Legrand, il a seulement jugé que les réglemens pour les vues et égoûts ne devaient point s'exécuter à la rigueur dans les campagnes, lors même que la coutume a des dispositions précises sur cet objet.

Celle de Chartres est dans ce cas. Les art. 79 et 80 proscrivent toute chute d'eau, et les vues au-dessous de sept pieds sur l'héritage voisin, *s'il n'y a Servitude constituée expressément au contraire*; ils ne distinguent point entre la ville et la campagne.

Voici l'espèce de l'arrêt telle que Legrand la rapporte :

« Prevost prétendait que Pierre Gay, qui avait une maison proche la sienne, sise au village de Cheze, était tenu de boucher un évent ou soupirail de cave qui ouvrait sur la cour dudit Prevost, et de porter ses eaux.

» Gay soutenait, au contraire, que le soupirail avait été de tout temps et n'était mémoire du contraire; même que, par le rapport de prud'hommes, il paraissait qu'il était fait dès-lors de la construction de la cave ; et que pour lesdites eaux, c'était chose inouie d'introduire telle Servitude aux villages, et qu'il ne pourrait soutenir ses eaux sans y employer plus de cinquante toises de chanlate.

» Sur laquelle contestation, par l'arrêt susdit, le demandeur a été débouté de sa demande et conclusion ».

Ce n'est point là juger, comme le dit Couart, que, dans les coutumes qui ne parlent que des Servitudes urbaines, on prescrit les Servitudes rustiques par dix et vingt ans avec un titre, et trente ans sans titre, puisqu'il n'était question dans cet arrêt que de Servitudes urbaines.

Au reste, le sentiment qu'on a suivi sur cette question, est même adopté hors du ressort du parlement de Paris. Berault, sur l'art. 608 de la coutume de Normandie, rapporte un arrêt du parlement de Rouen, du 31 mars 1607, qui dit que cet article doit s'appliquer à toutes sortes de Servitudes, soit urbaines, soit rustiques.

Basnage en rapporte un autre du 13 juin 1611, rendu en forme de réglement, qui a jugé la même chose.

[Ce qui donna lieu à ce réglement, fut une contestation élevée entre Jean Chuffer et Guillaume Longuet. Celui-ci prétendait être en possession de faire passer ses bestiaux sur une prairie de Chuffer, pour arriver à une pièce de terre qui était au-delà. Chuffer se défendait sur le fondement que c'était une Servitude qui ne pouvait s'acquérir que par la possession, quelque longue qu'elle fût. Longuet prétendait, au contraire, que l'art. 607 ne devait s'entendre que des servitudes urbaines, et qu'on ne pouvait pas l'appliquer aux Servitudes rustiques. L'arrêt prononça en faveur de Chuffer.

III. L'art. 609 de la même coutume porte « qu'en faisant partage et division entre co-hé- » ritiers ou parsonniers de chose commune, » dont une partie sert à l'autre, les vues et » égoûts demeurent comme ils sont lors du » partage, si, par les lots et partages, il n'est » expressément dit le contraire ».

De là est née, depuis peu, une question importante. Ecoutons l'auteur de *la Gazette des Tribunaux*, tome 11, page 245 :

« Anciennement, les nommés Vaultier étaient propriétaires d'une espèce de hameau, situé dans la campagne, composé de différens bâtimens séparés par des cours, des vergers et des terres.

» Jean, fils de Jean, Etienne et François Vaultier avaient partagé entr'eux une partie des héritages de ce hameau, entr'autres deux rangées de bâtimens séparés par une cour sur laquelle chacun avait une porte ouverte.

» Ces édifices et la cour communiquaient par une porte qui était dans le bas, et donnait dans une rue publique, à laquelle tous les objets aboutissaient.

» Ils avaient aussi partagé des terres qui étaient au-dessus de ces habitations.

» Dans le partage des bâtimens, la cour restait commune ; mais dans le lot de celui qui avait les bâtimens placés à main gauche en entrant dans la cour commune, était encore une petite cour qui était à l'extérieur de ces bâtimens. Ce partage était tombé à Jean Vaultier, sans stipulation d'aucune Servitude de passage.

» Cette petite cour partait de la rue, s'étendait tout le long de la rangée de bâtimens, et allait aboutir à un sentier appelé le chemin *des Flanquets*, qui conduisait dans la campagne. Il était constant que cette petite cour extérieure avait de tout temps servi de passage pour accéder les terres qui étaient au-dessus de ces habitations. On sortait de la cour intérieure par la porte donnant sur la rue ; on allait le long de la rue, sortant à main gauche, pour gagner la petite cour ; on passait d'un bout à l'autre pour entrer dans le chemin des Flanquets, et de là on se portait aux terres qui étaient dans la campagne.

» Les bâtimens à main droite étaient échus à Etienne et à François Vaultier, avec la communauté de la cour intérieure et d'autres fonds. François Vaultier étant décédé, laissant

un fils nommé Jean, Etienne vendit sa part à celui-ci.

» Jean Vaultier, fils de Jean, laissa d'abord passer sans contredit ses deux frères, et Jean, fils de François, son neveu, par la petite cour, pour accéder ses héritages, après être entré dans le chemin des Flanquets. Mais, par la suite, Jean ayant encombré cette petite cour de manière à gêner le passage, Jean Vaultier, fils de François, intenta une action contre son oncle, pour l'obliger à la rendre libre.

» Pour défense à cette action, Jean Vaultier, fils de Jean, dit qu'il ne devait aucun droit de passage à son neveu dans la cour; que, si son neveu voulait y passer, il fallait qu'il représentât des titres constitutifs de Servitude, aux termes de l'art. 686 de la coutume.

» Jean Vaultier, fils de François, s'aidait de l'art. 609; il prétendait que tout le hameau, appelé le hameau des Vaultier, ayant appartenu depuis plusieurs siècles à la même famille, tous les fonds qui le composaient, étaient nécessairement partagés entre cette famille; que cela se prouvait d'ailleurs par l'usage immémorial de passer le long de cette petite cour, pour accéder les héritages de la campagne; qu'il y avait même toute apparence que cette petite cour n'était autre chose que l'entrée du chemin des Flanquets, et que les possesseurs du hameau l'avaient pratiquée pour accéder leurs fonds répandus dans la campagne.

» Le premier juge, faute par Jean Vaultier, fils de Jean, de reconnaître et de vouloir atteindre la preuve que le public, et singulièrement son neveu, avait toujours passé le long de cette petite cour, dit: *A bonne cause l'action* de celui-ci; en conséquence, condamna Jean Vaultier, fils de Jean, à laisser le passage libre, avec défense d'encombrer.

» Mais sur l'appel, le parlement de Rouen, par arrêt du 21 janvier 1780, faute par Jean Vaultier, fils de François, d'avoir communiqué des titres pour justifier le droit de passage qu'il réclamait, l'a débouté de son action.

» Ainsi, l'arrêt a jugé qu'il n'y a point de Servitude rustique sans titre, même entre cohéritiers ».]

ART. III. *Coutumes qui rejettent la prescription des Servitudes, à moins que la possession n'ait été précédée de contradiction.*

Ces coutumes sont celles de Bar, art 171 et 179, de Berri, tit. 11, art 1, 2, 3 et 4, et Meaux, art. 75.

L'art. 171 de la coutume de Bar porte que « vues et égoûts ne se peuvent acquérir sur » l'héritage d'autrui, par prescription ou lon- » gue jouissance, quelle qu'elle soit, s'il n'y a » titre ».

L'art. 179 ajoute: « Tolérance d'aucun qui » a souffert à autrui avoir vue, égoût ou échel- » lage en son héritage, ne peut acquérir jouis- » sance contre lui sans titre, comme dit est, » *sinon qu'il l'ait voulu empêcher ou contre-* » *dire*, et que nonobstant son empêchement » ou contradiction, celui qui avait eu aupa- » ravant lesdites vues, égoûts et échellages, » en eût joui depuis paisiblement au vu et au » su de son voisin; car, en ce cas, il pour- » rait prescrire lesdites Servitudes par trente » ans après ledit empêchement ou contradic- » tion ».

L'art. 75 de la coutume de Meaux dit absolument la même chose.

Quoique ces deux coutumes ne parlent que des vues, égoûts et échellages, il parait qu'on a entendu comprendre toutes les Servitudes, tant urbaines que rustiques, dans ces dispositions. C'est le sentiment de Lepaigne, sur l'art. 171 de la coutume de Bar, qui assure que tel est l'usage, et qu'il en a fait donner un acte de notoriété à la prévôté de Bar, le 12 juin 1699.

Outre que ces coutumes ne parlent que des Servitudes les plus fréquentes, elles s'éloignent si peu du droit commun, qu'il n'est pas étonnant qu'on ait étendu leurs dispositions à toutes les Servitudes,

La coutume de Berri est dans le même cas que les deux autres de cette classe. L'art. 1 porte en général, qu'on ne peut acquerir de Servitude *par actes occultes*. L'art. 2 dit que « droits de vues et égoûts ne peuvent être pres- » crits sur la maison ou l'héritage du voisin, » par quelque laps de temps que ce soit, *si ce* » *n'est qu'il y eût eu contradiciton expresse* » *et formelle*, dès et depuis laquelle la pres- » cription de ladite Servitude pourrait être » commencée et parfaite par le laps et espace de trente ans continuels et consécutifs». L'art. 3 dit la même chose du droit de passage. L'art. 4 en dit autant pour les vues et égoûts en mur mitoyen.

Les détails de ces trois derniers articles ont pour objet les Servitudes les plus familières, et les plus marquées: d'où l'on doit conclure à plus forte raison, que cette décision doit s'appliquer à toutes les autres Servitudes que la coutume n'a pas exprimées. C'est l'avis de Lathaumassière, dans sa préface sur l'art. 11 de ses *nouveaux commentaires de la coutume de Berri*. « On ne peut (dit-il), en cette coutume, » acquérir de Servitude sans titre, art. 1, 2, » 3, non pas même par prescription; ce qu'il

» faut entendre tant des Servitudes urbaines » que rurales, continues et perpétuelles, ou » discontinues et interrompues, tant des visi- » bles et apparentes, que des occultes; car la » coutume ne fait aucune distinction, s'il y » a eu contradiction expresse et formelle, » art. 2 ».

Ragueau est d'un avis contraire sur les art. 1 et 3 du tit. 11 de la même coutume. Mais Lathaumassière prouve que les distinctions qu'il fait, ne sont pas dans l'esprit de la coutume(1).

Ces deux derniers auteurs observent très-bien que ce qui est dit ici de la contradiction, est tiré de la glose sur le titre du Code *de longi temporis præscriptionibus.*

On a demandé quelle est l'espèce de contradiction qu'exigent ces trois coutumes; il est bien certain qu'il ne peut pas être question de défenses verbales, surtout depuis les ordonnances qui ont rejeté la preuve par témoins en matière civile, au-delà de 100 livres. Lathaumassière, sur l'art. 2 de sa coutume, d'après Boerius, quest. 319, et sur l'ancienne coutume, tit. 3, art. 5, dit *qu'il faut entendre le tout de la contradiction judicielle.* Bobé, sur l'art. 75 de la coutume de Meaux, dit aussi que les défenses doivent être faites judiciairement.

§. XXV. *De l'établissement des Servitudes par prescription, dans les coutumes qui l'admettent pour certaines sortes de Servitudes seulement.*

On peut diviser ces coutumes en quatre classes.

La première comprend *les coutumes qui admettent la prescription des Servitudes en général, en ne la rejetant que pour les places vides et terrains non clos;*

La seconde, *celles qui la rejettent pour les Servitudes urbaines seulement;*

La troisième, *celles qui ne la rejettent que pour les Servitudes de ville;*

Et la quatrième enfin, *celles qui admettent la prescription des Servitudes connues, en la rejetant pour les Servitudes non connues.*

ART. I. *Coutumes qui admettent la prescription des Servitudes en général, en ne la rejetant que pour les places vides et terrains non clos.*

I. Ces coutumes sont celles de Bretagne, art. 269, 282 et 393; de Bourbonnais, art. 519; de Gorze, tit. 14, art. 38; de Nivernais, chap. 10, art. 2, et chap. 17, art. 9 et 10; et Saint-Mihiel, tit. 10, art. 4, 5 et 6.

Toutes les coutumes de cette classe ne sont pas semblables.

II. La coutume de Bretagne, art. 282, porte, en général, que « droiture et seigneurie » est acquise à celui qui a paisiblement et no- » toirement joui sans titre, par lui, ses pré- » décesseurs ou auteurs dont il a cause, par » l'espace et laps de quarante ans, laquelle » prescription aura lieu contre mineurs, ab- » sens, communautés, même entre frères et » sœurs, pour leurs partages ». Ainsi, tous les droits immobiliers s'acquièrent en Bretagne par la prescription de quarante ans sans titre, contre toutes sortes de personnes indistinctement.

L'art. 393 met une limitation à cette faculté, pour les terres non closes, dans les termes suivans: «Si aucun veut clore ses terres, prés, » landes, ou autres terres décloses, où plu- » sieurs aient accoutumé d'aller et venir et » faire pâturer, justice doit voir, borner et » diviser les chemins par le conseil des sages, » au mieux que faire se pourra pour l'utilité » publique, et laisser au parsus clore lesdites » terres, nonobstant longue tenue d'y aller » et venir et faire pâturer durant qu'elles » étaient décloses ».

L'imprescriptibilité du droit d'usage et de passage n'a donc pas lieu indistinctement sur tous les domaines, mais seulement sur ceux qui ne sont pas clos; encore l'art. 393 autorise-t-il la justice à y conserver les passages nécessaires, *à diviser les chemins par le conseil des sages.*

Lalaure, liv. 3, chap 16, après avoir dit que cet article de la coutume de Bretagne ne rejette la Servitude de passage que sur les terrains non clos, ajoute que, « S'il y avait quel- » que signe qui pût caractériser une posses- » sion non précaire, comme, par exemple, » une porte ouvrant sur le terrain déclos, » et destinée pour le passage, ou autre signe » équipollent, l'usage de ce titre muet pen- » dant quarante ans, écartant tout soupçon » de possession vicieuse, ferait valider la pres- » cription et mettrait absolument hors du cas » prévu par cet article. Ces principes et cet » usage m'ont (dit-il) été attestés par une let- » tre qu'un des premiers magistrats du parle- » ment de Bretagne m'a fait l'honneur de m'é- » crire le 30 juin 1757 ».

Peut-être cette exception souffrirait-elle bien des difficultés, si du moins il ne s'agissait pas d'un chemin d'entrée absolument nécessaire au propre voisin, mais d'un simple passage. Il est presque aussi facile d'ouvrir une *porte* sur un terrain non clos et abandonné, tel

(1) [[*V.* l'article *Usage (droit d')*, sect. 2, §. 3,

que les landes peuvent être, que d'y passer et repasser; et l'art. 393, comme on vient de le dire, ne dit pas que l'on conservera les passages des particuliers, mais que justice « doit » voir, borner et diviser les chemins par le » conseil des sages, au mieux que faire se pourra, *pour l'utilité publique* et laisser au parsus clore lesdites terres, nonobstant longue » tenue d'y aller et venir et faire pâturer durant qu'elles étaient décloses ».

Au surplus, l'art. 269 de la coutume de Bretagne donne un autre moyen pour s'assurer la possession des Servitudes, lorsqu'on en a un titre. « On se peut approprier (y est-il dit) » de tout héritage ou autre chose réputée im» meuble, *soit Servitudes* ou autres droits » réels, tous contrats et titres récens de » droit et de coutume, habiles à transférer » seigneurie, acquérant lesdits héritages ou » droit de celui qui est saisi et actuel possesseur en son nom, par lui et ses auteurs, par » an et par jour, prenant ledit acquéreur pos» session actuelle en vertu desdits contrats » et titres, et faisant après ladite possession, » trois bannies tant dudit contrat que de ladite » prise de possession, par trois jours de dimanche consécutifs, sans intervalle, incontinent après l'issue de la grand'messe, etc. ».

Le surplus de l'article a pour objet les formalités qu'on doit observer dans les bannies; et il n'y a aucune différence, à cet égard, entre les Servitudes et les autres droits immobiliers.

Il paraît que l'appropriance autorisée par cet article, aurait lieu même pour les objets exceptés de la prescription, suivant l'art. 393, parceque l'appropriance qui a lieu en vertu d'un titre d'acquisition, et la prescription sans titre, dont parlent les art. 282 et 393, sont des choses entièrement différentes. Ce n'est donc pas dans cet art. 269 qu'il faut chercher la prescriptibilité des Servitudes, autres que celles qu'on voudrait prétendre sur les terrains non clos, comme le veut Lalaure, liv. 3, chap. 16, mais bien dans l'art. 282, que cet auteur n'a pas même indiqué. Cela est d'autant plus incontestable que, suivant la remarque de Perchambault sur l'art. 282, cet article et l'art. 393 qui lui sert d'exception, n'en faisaient qu'un seul, même dans la très-ancienne coutume de Bretagne, dont ils formaient le chap. 254.

III. L'art. 519 de la coutume de Bourbonnais porte « qu'aucuns en place vide, soit *in urbano* » *fundo vel rustico*, par quelque laps de temps » que ce soit, n'acquièrent droit de Servitude, » possession et saisine...., sinon qu'il y eût tire au contraire, ou qu'ès choses des susdi» tes, y eût contradiction et, après icelle, jouis» sance de 30 ans ».

Le reste de l'article fait l'application de la règle aux Servitudes d'égoût ou évier et passage.

L'art. 2 du tit. 10 de la coutume de Nivernais a une disposition absolument semblable; et Coquille observe qu'on ne doit point en étendre la disposition aux héritages qui sont clos et employés à quelque usage par le propriétaire : « Seront notés (dit-il) les mots *place* » *vide*, pour montrer qu'autrement serait, si » c'était une place close, ou servant ordinai» rement à quelque usage spécial. Car ce qui » se fait ès places vides, ne servant à usage par» ticulier, est souvent négligé par le propriétaire ou enduré par familiarité; et en nul » de ces cas, n'y a possession ni prescription. Loi *qui jure*, D. *de acquirendâ possesisone* ».

Bannelier est du même avis, dans ses notes sur Davot, tome 4, page 464.

Cependant Pothier, sur les art. 510 et 519 de la coutume de Bourbonnais, et Auroux des Pommiers sur l'art. 519 de la même coutume, prétend qu'on en étend la disposition à toutes sortes de Servitudes, et qu'on suit en Bourbonnais *la disposition de la coutume de Paris en l'art.* 186; ce qui n'est pas bien clair, puisque la coutume de Paris n'admet point la prescription des Servitudes par la possession trentenaire, même après contradiction. Lalaure n'a point aperçu la contradiction qui régnait entre deux interprétations si différentes de deux textes semblables de deux coutumes voisines. Il adopte, au liv. 3, chap. 3, le commentaire d'Auroux des Pommiers; et quelques lignes après, il prouve combien la distinction de Coquille est raisonnable.

L'art. 509 de la même coutume de Bourbonnais ajoute « qu'on ne peut avoir égoûts et ozi» nes (c'est-à-dire, tuyaux de privés), au » moyen desquels les eaux et immondicités » puissent choir ou prendre conduit au puits » ou cave de son voisin, auparavant édifiez, » sinon qu'il y ait titre exprès au contraire ».

Pothier fait observer qu'on ne doit point étendre ce que dit l'art. 519 de la possession trentenaire, au cas de l'art. 509 *comme disposant en un cas de plus grande importance.* Cette disposition est effectivement un réglement de police.

Enfin, la prescription trentenaire de l'art. 519 ne doit être admise que sous les limitations énoncées dans l'art. 23 pour les choses prescriptibles en général. Elle n'a donc lieu que par quarante ans contre l'église et elle ne court pas contre les mineurs. La même res-

79278

triction doit s'appliquer à toutes les autres coutumes qui n'ont pas de dispositions contraires.

La règle générale que l'art. 2 du chap. 10 de la coutume de Nivernais a donnée sur la prescription des Servitudes, souffre une exception relativement au droit d'usage, tant pour le pâturage que pour la coupe des bois. Suivant l'art. 10 du chap. 17, « la jouissance dudit droit » de Servitude, ou usage par temps immémo» rial, *etiam* sans titre ou paiement de rede» vance, équipolle à titre et vaut en pétitoire » et possessoire ».

L'article précédent dit même que la possession de ce droit avec paiement de redevance, suffit pour être maintenu au possessoire.

IV. La coutume de Gorze, qui admet la prescription de vingt ans et vingt jours pour les immeubles en général, fait beaucoup de distinction pour les Servitudes dans le tit. 14. L'art. 38 porte en général, que *droit de Servitudes sans titre, par quelque laps de temps que ce soit, ne se peut acquérir en place vide ou héritage non clos.* L'art. 39 applique cette décision aux droits de gouttières ou égoûts, vues et passages, en y rejetant expressément la prescription de *vingt ans et vingt jours ou plus long-temps en place vide.*

L'art. 40 ajoute que « le droit de Servitude » discontinue sur le fonds d'autrui ne s'ac» quiert, s'il n'y a titre ou possession de temps » immémorial » ; et l'art. 41 dit enfin que » Servitude de prendre jour sur l'héritage » d'autrui, ne se prescrit non plus par quel» que laps de temps que ce soit ».

La coutume de Saint-Mihiel a, dans le tit. 10, art. 4 et 5, des dispositions absolument semblables aux art. 38, 39 et 40 de celle de Gorze. Mais l'art. 6 met une limitation à ce qui concerne le droit de vues : « Servitude de » jour (y est-il dit) ne se peut prescrire par » quelque laps de temps que ce soit, n'est » doncques qu'il y ait en la fenêtre battes et as» siettes des ventillons ou grilles et araignées » du dehors de la fenêtre, qui sont marques » et Servitudes du jour, ou bien qu'il y ait ti» tre et constitution ».

Il faut donc dire, dans ces deux coutumes, qu'on n'admet aucune sorte de prescription pour les Servitudes sur place vide ; qu'il en est de même des Servitudes de jour, sauf l'exception des titres muets dont parle la coutume de Saint-Mihiel ; que les Servitudes discontinues peuvent s'acquérir par la possession immémoriale ; d'où l'on doit conclure que les autres sortes de Servitudes sur les terrains clos, s'acquièrent par le temps ordinaire de la prescription admise pour les immeubles, c'est-à-dire, par vingt ans et vingt jours.

ART. II. *Coutumes qui rejettent la prescription des Servitudes urbaines, en admettant celle des Servitudes rurales.*

Ces coutumes, qu'il ne faut pas confondre avec celles de la classe suivante, sont Audenarde, rubr. 11, art. 4, 5 et 6; Clermont et Clermontois, chap. 14, art. 5; Courtrai, rubr. 11, art. 2 et 3; Furnes, tit. 36, art. 2 et 3; Gand, rubr. 18, art. 1, 2, 4 et 17; Rousselaer, rubr. 18, art. 1, 2 et 3.

Toutes ces coutumes sont absolument uniformes pour ce qui concerne les Servitudes urbaines. Toutes ont presque littéralement, à cet égard, la même disposition que l'art. 6 de la coutume d'Audenarde, qu'il suffira de rapporter ici. En voici les termes : « des Servitu» des urbaines qui tombent dans, sur, ou à cause » des maisons, ou par l'entreprise d'un autre, » comme la vue des fenêtres, lucarnes, gouttiè» res, d'avoir cours de l'eau, ruisseaux, ou au» tres semblables choses, *il n'y enchet point de* » *prescription par le laps de temps sans titre ;* » *mais il en est fait appointemens et enseigne*» *mens de l'avis des arpenteurs, par les éche*» *vins, après la visite, suivant les marques,* » *les documens et les lettres qu'il y en a* ».

L'art. 3 de celle de Courtrai, au lieu de ces derniers mots, porte *qu'il n'en échet point de prescription par le laps de temps sans titre; mais qu'il en est fait des accords*, et qu'on *en juge selon l'avis des experts en partage d'héritages, ou selon les marques, les enseignemens, les titres et les mémoires qu'il y en a.*

Celles de Furnes, Gand et Rousselaer sont littéralement semblables à celle d'Audenarde.

Quant aux Servitudes rurales, les mêmes coutumes admettent toutes la distinction des Servitudes continues et des Servitudes discontinues. L'art. 4 de la coutume d'Audenarde dit : « L'on acquiert dans la ville la franchise » et dans la châtellenie, contre les personnes » privées, le droit des Servitudes rurales, con» tinuelles et simples, où le fait de l'homme » n'est point nécessaire, comme le courant » d'eau et autres semblables, par possession » paisible et de bonne foi, *de trente ans,* » *même sans titre, et contre l'église, le* » *prince, la ville et commune, dans les qua*» *rante ans*, excepté les absens du pays et les » mineurs ».

L'art. 5 ajoute : « A l'égard des Servitudes » rurales, où le fait de l'homme concourt, » comme d'avoir un chemin ou une voie à » pied, à cheval, ou en charriot, par l'héri-

» tage, ou l'eau de quelqu'un avec des bes-» tiaux ou autrement, de pouvoir aller quérir, » par le fonds de quelqu'un, de l'eau, du sa-» ble, de l'argile, ou semblables choses, *la* » *prescription de telles Servitudes restera et* » *sera réglée selon la disposition de droit* » *écrit et commun* ».

L'art. 2 de la coutume de Courtray, l'art. 1er de la coutume de Gand, et les art. 1 et 2 de la coutume de Rousselaer sont semblables, mot pour mot, à ces deux articles de la coutume d'Audenarde.

La coutume de Furnes, art. 2, s'explique aussi de la même manière pour les Servitudes rurales continues; mais quant aux Servitudes rurales discontinues, elle ajoute qu'*elles seront prescrites par le temps de quarante ans, sauf la bonne foi, comme ci-dessus.*

Il en est de même de la coutume de Gand, qui a de plus deux dispositions de droit commun dans les art. 4 et 17. L'art. 4 n'admet la prescription des Servitudes négatives qu'après la contradiction; et l'art. 17 la rejette expressément à l'égard de ceux qui *taillent, rognent, diminuent et creusent le mur d'autrui du côté contraire et clandestinement.*

ART. III. *Coutumes qui rejettent la prescripton des Servitudes dans les villes et faubourgs, en l'admettant pour la campagne.*

I. Ces coutumes sont celles d'Anjou, art. 449, 450 et 454; de Mantes, art. 94; et de Reims, art. 350.

Il faut bien se garder de les confondre avec celles de la classe précédente, puisque celles-ci distinguent les Servitudes urbaines d'avec les Servitudes rustiques, en se réglant sur la nature des Servitudes mêmes, tandis que celles de la classe actuelle se règlent sur la situation des lieux, en rejetant la prescription des Servitudes rurales dans les villes, et en admettant celles des Servitudes urbaines dans les campagnes.

II. Voici le texte de la coutume de Mantes; « ès villes de Mantes et de Meulan, fort de » Meulan et faubourgs d'icelles, droits de » vues, égoûts et *toutes autres Servitudes ne* » *s'acquièrent par prescription* de longue » jouissance, quelle qu'elle soit, sans titre et » fût de cent ans et plus; *et hors lesdites* » *villes et faubourgs, s'acquièrent par pres-*» *cription de droit écrit* ».

La coutume de Reims dit absolument la même chose *de tous droits de Servitudes.*

Des termes aussi clairs ne laissent aucune difficulté pour ce qui concerne les Servitudes des villes qui en sont l'objet; mais il s'en est élevé sur la disposition qui concerne celles des campagnes.

Buridan, sur l'art. 350 de la coutume de Reims, n° 8, distingue à cet égard les Servitudes continues et discontinues. Les premières (dit-il) s'acquièrent par la possession de dix et vingt ans avec un titre, et de trente ans sans titre. Mais on exige la prescription centenaire ou immémoriale « pour les Servi-» tudes discontinues, soit pures, réelles, ou » bien mixtes, qui ne peuvent se conserver » sans le ministère de l'homme, comme, par » exemple, de passer dans le fonds de son » voisin pour aller au sien, d'aller puiser à » son puits, de charrier en quelques saisons » de l'année dans l'héritage d'autrui, comme » lors des fanaisons des foins, de passer dans » les vignes de son voisin, de mener son bé-» tail pâturer la seconde herbe du pré d'au-» trui, etc. ».

Guyot, sur l'art. 94 de la coutume de Mantes, ouvre un autre avis. Il dit que la dernière partie ne doit s'entendre que des Servitudes purement rurales, telle que celles du passage dans l'héritage d'autrui, et d'y abreuver ses bestiaux: encore prétend-il que les meilleurs auteurs pensent que ces Servitudes ne s'acquièrent pas par prescription, dans la campagne même, et qu'on y présume une origine précaire et de familiarité.

Avec de tels raisonnemens, il n'y a pas une coutume de France qui puisse servir à quelque chose. Il est clair que la coutume de Mantes, comme celle de Reims, admet indistinctement la prescription adoptée par le droit romain, pour toutes sortes de Servitudes hors les villes et faubourgs.

Guyot ajoute « qu'il faut ramener les Ser-» vitudes au droit commun, et tenir pour » principe, qu'en pays de droit écrit, la » maxime inviolable est que la possession » pour acquérir Servitude doit commencer » par la contradiction ». C'est là renverser encore les principes du droit écrit, en même temps que ceux des coutumes.

Lalaure, liv. 3, chap. 7, *inclinerait beaucoup* à admettre la distinction des Servitudes continues d'avec les discontinues, et à soutenir que les premières s'acquièrent indistinctement par la prescription trentenaire, et les dernières après contradiction seulement; car, dit-il, cette contradiction supplée en quelque façon au titre, et rentre dans l'esprit de la coutume, qui ne demande, pour l'acquisition des Servitudes des héritages de la campagne, qu'une possession réelle.

Toutes ces opinions doivent céder au texte

des coutumes, qui n'a assurément rien de déraisonnable. Il faut donc se régler, pour les Servitudes de campagne, sur les principes qu'on a exposés dans le §. 21, sauf les restrictions que la jurisprudence du parlement de Paris peut avoir adoptées pour les pays de droit écrit qui sont dans son ressort.

III. Les dispositions de la coutume d'Anjou présentent des difficultés plus embarrassantes.

L'art. 449 dit d'abord, en général, que « *Servitudes aucunes sont ruraux, autres de* » *ville et de cité ;* quant aux Servitudes ru» rales, comme d'avoir sentier ou voie par le » domaine d'autrui, à pied, à cheval, à char» rettes et à bêtes, mener et boire à l'étang » ou vivier d'autrui, ou pour autres causes, » comme bécher terres, arène ou sablon au » fonds d'autrui, ou autres semblables, elles » se prescrivent *par trente ans continuels* ».

L'art. 450 rejette au contraire la prescription, non pas des Servitudes urbaines absolument, mais *des Servitudes des maisons voisines en bonnes villes et faubourgs, comme de vues, gouttières, privaisis, toulz, canaux et autres débats qui surviennent touchant Servitudes.*

Enfin, l'art. 454 dit en général, que « les » Servitudes réelles *qui ont cause continue*, » comme d'amener et faire venir eau courante » d'aucune fontaine vive en autre lieu, par au» cun ruisseau ou canaux, sont acquises par » dix ans continuels, *comme les personnelles;* » *mais que les Servitudes qui ont cause dis*» *continue, comme d'agout de maisons*, » d'aller et venir à charettes, ou à pied, ou » à cheval par le fonds d'autrui, ou telles au» tres Servitudes semblables, *s'acquièrent* » *par trente ans et non moins, s'il n'y a* » *titre, comme dit est* ».

Il paraît, d'après l'art. 450, que cet art. 454 est relatif aux Servitudes, tant urbaines que rustiques, des domaines situés hors les villes et faubourgs régis par la coutume d'Anjou.

Cependant Pocquet de Livonière, dans sa première observation sur l'art. 449 de la coutume d'Anjou, prétend que cette coutume s'est conformée aux principes du droit dans les art. 449 et 450, en mettant les Servitudes de voie, de sentier, etc., au rang des Servitudes rurales, et celles de vues, de gouttières, etc., au rang des Servitudes urbaines, parceque les premières sont ordinairement attachées à des héritages champêtres, et que les dernières sont plus souvent dues à des édifices destinés pour l'habitation ou pour la commodité des hommes ; en sorte qu'il suppose que les art. 449 et 450 adoptent la distinction des Servitudes urbaines et rustiques.

Chopin, sur la coutume de Paris, liv. 1, tit. 4, et Dupineau, sur l'art. 449 de celle d'Anjou, pensent au contraire que la coutume se règle sur la situation des fonds dans les villes et faubourgs, pour rejeter la prescription, suivant ces premiers mots de l'art. 450, *en débat de Servitude de maisons de bonnes villes et faubourgs.*

« Il est à remarquer (dit Dupineau) que la » distinction n'est pas, parmi nous, entre les » Servitudes urbaines et rustiques; que par le » droit romain, c'est la matière qui fait l'hé» ritage urbain ou rustique ; par notre droit, » *c'est le lieu* ».

Il paraît que c'est là le véritable sens de la coutume. L'art. 449, en disant d'abord en général, que *Servitudes aucunes sont ruraux, autres de ville et de cité*, fait déjà présumer que, par le terme de *Servitudes ruraux*, il n'entend pas les Servitudes rurales, suivant la dénomination du droit romain, c'est-à-dire, celles qui concernent des fonds destinés à la culture, mais seulement des Servitudes relatives aux domaines de campagne, quelle que soit leur destination, puisqu'il les met en opposition avec les Servitudes *de ville et de cité.*

L'art. 450 confirme cette idée. Il n'y est pas question des Servitudes urbaines, mais *des Servitudes des maisons voisines en bonnes villes et faubourgs.* Ces derniers mots surtout indiquent nettement qu'il n'est pas question des édifices de tout le ressort de la coutume, mais seulement des édifices situés dans les villes qui méritent véritablement ce nom, et dans leurs dépendances (*dans les bonnes villes et faubourgs*). Si la coutume d'Anjou eût voulu déclarer imprescriptibles toutes les Servitudes urbaines et les Servitudes urbaines seulement, elle ne se fût pas servie d'une expression aussi évidemment exclusive de toutes les Servitudes des fonds situés à la campagne.

Aussi la coutume du Maine, qui est si souvent conforme à celle d'Anjou, et qui ne faisait même autrefois qu'une seule coutume avec elle, mais qui a suivi un système différent, a-t-elle employé d'autres termes dans l'art. 462, qui correspond à l'art. 450 de la coutume d'Anjou : elle porte que la prescription ne court point *en débats de Servitudes de maisons voisines en bonnes villes* ET VILLAGES.

Enfin, l'art. 434 de la coutume d'Anjou, après avoir déclaré prescriptibles par dix ans les Servitudes continues, ajoute que les Servi

tudes discontinues, « *comme d'agout de mai-* » *sons*, *etc.*, s'acquièrent par trente ans et » non moins, *s'il n'y a titre, comme dit est* ».

Ces mots d'*agout de maison*, énoncent évidemment une Servitude urbaine; et ceux-ci, *s'acquièrent par trente ans, s'il n'y a titre, comme dit est*, ne peuvent se rapporter qu'aux Servitudes dénommées dans l'art. 449, qui sont effectivement déclarées prescriptibles par trente ans sans titre.

Suivant l'opinion de Pocquet de Livonière, il y aurait deux contradictions dans la fin de l'art. 454, puisqu'il mettrait au nombre des servitudes prescriptibles les égoûts de maisons, qui sont évidemment des servitudes urbaines que l'art. 450 déclarerait imprescriptibles; et qu'il renverrait, pour ces servitudes urbaines, à l'art. 449, qui ne parlerait que des servitudes rustiques.

Il faut donc en revenir à dire que la coutume d'Anjou déclare imprescriptibles toutes les servitudes de ville indistinctement, dans l'art. 450; qu'elle déclare prescriptibles par trente ans sans titre, toutes les servitudes de campagne, aussi indistinctement, dans l'art. 449; et qu'enfin, dans l'art. 454, elle admet le tènement ou prescription de dix ans avec un titre, pour celles des Servitudes de campagne seulement qui sont continues, en excluant de ce privilége celles qui sont discontinues, à l'égard desquelles elle ne reçoit que la prescription trentenaire.

Lalaure, liv. 3, chap. 7, a adopté cette distinction pour ce qui concerne la prescription des servitudes de campagne, quoiqu'il n'ait pas fait attention, non plus que les commentateurs de la coutume d'Anjou, à la différence qu'elle met entre la prescription de trente ans sans titre, et le tènement ou prescription de dix ans avec un titre.

IV. Le même Pocquet de Livonière, et Lalaure, d'après lui, prétendent que, suivant la dernière jurisprudence, on tient pour maxime en Anjou, qu'on ne peut acquérir par prescription sans titre, le droit de chemin par l'héritage d'autrui, pour l'exploitation d'un domaine, auquel on peut aller par un autre chemin, quoique plus difficile et plus long. Ils citent à cette occasion trois arrêts, des 20 juin 1654, 24 août 1659, et 31 août 1669, avec une sentence de la sénéchaussée d'Angers

Guyot, sur l'art. 94 de la coutume de Mantes, invoque la même jurisprudence, dont il fait l'application à cette coutume; mais il suffit de voir l'espèce de ces jugemens dans Livonière et Lalaure même, pour se convaincre qu'ils n'ont rien décidé de semblable.

Le premier arrêt a été rendu sur l'appel d'une sentence d'Angers, qui admettait Raphaël Cheminant et consorts à prouver que la jouissance du passage prétendu par Gabriel Amys sur leur clos, *n'était que précaire*. Comme Amys se refusait à cette preuve, l'arrêt présuma le précaire, et défendit à Amys de passer sur le clos de Cheminant. Un jugement de cette espèce aurait été rendu dans les pays où la prescription des Servitudes est le plus facilement admise.

Dans l'espèce du second arrêt, on ne réclamait pas même le droit de passage à titre de Servitude. On soutenait qu'on en avait joui, comme tous les habitans du voisinage, à titre de chemin public; et nous avons vu dans le §. 20, n° 1, que, dans ce cas, il ne pouvait y avoir de prescription, parceque la possession n'est pas qualifiée. La même chose a été jugée par la sentence du présidial d'Angers.

Quant au dernier arrêt, il s'agissait d'un passage toléré dans un bois, à cause des mauvais chemins: on consentait à y laisser passer à pied, non pas à cheval, et c'est ce que l'arrêt ordonna. Or, nous avons vu encore au même n°, qu'une telle jouissance ne suffisait pas pour opérer la prescription.

Il faut donc dire qu'en Anjou, comme dans tous les pays où la prescription est admise pour les Servitudes, le droit de passage ne peut s'acquérir, non plus que les autres Servitudes, qu'autant que la possession est qualifiée à titre de Servitude: c'est là tout ce qui résulte de ces jugemens.

ART. IV. *Coutumes qui n'admettent la prescription que des Servitudes connues, en la rejetant pour les Servitudes non connues.*

Ces coutumes sont celles d'Epinal, tit. 10, art. 6, et de Lorraine, tit. 14, art. 4.

La coutume d'Epinal porte: « Egoûts et » autres Servitudes, par actes occultes et la- » tens, *non connus au voisin*, ne se peuvent » prescrire par quelque laps de temps que ce » soit; si les actes de la jouissance lui en sont » *patens et cogneus*, peuvent être prescrits » par vingt et un ans, en la forme dont son voi- » sin se trouvera en avoir joui ».

La coutume de Lorraine est littéralement semblable, si ce n'est qu'elle n'admet que la prescription de trente ans, au lieu de celle de vingt et un ans.

La distinction admise par ces coutumes, n'est pas précisément celle des Servitudes visibles et cachées, dont on a parlé dans le §. 7. C'est moins sur l'apparence même des Ser-

vitudes, que les coutumes d'Epinal et de Lorraine se décident pour en admettre la prescription, que sur la connaissance effective que le propriétaire de l'héritage prétendu servant peut en avoir : il paraît donc qu'elles imposent à celui qui réclame une Servitude, l'obligation de prouver que le voisin en a eu connaissance, et qu'en cas d'une absence continuelle, par exemple, elles rejeteraient la prescription de la Servitude la plus apparente, à moins qu'on ne constatât que le voisin a été averti de l'ouvrage qui l'établissait.

Ces coutumes ont suivi en cela l'opinion de quelques docteurs qui ont établi la même distinction dans leurs gloses.

§. XXVI. *De l'établissement des Servitudes par prescription dans les coutumes qui l'admettent pour toutes sortes de Servitudes.*

Ces coutumes doivent se diviser en trois classes principales :

La première classe comprend *les coutumes qui admettent la prescription de toutes les Servitudes indistinctement par la possession immémoriale;*

La seconde, *celles où le temps de la prescription est différent, suivant les diverses sortes de Servitudes;*

La troisième enfin comprend *les coutumes où toutes les Servitudes indistinctement se prescrivent par le même temps que les autres immeubles.*

ART. I. *Coutumes qui admettent la prescription de toutes les Servitudes indistinctement par la possession immémoriale.*

Ces coutumes sont celles de Bergues-Saint-Winock, rubr. 14, art. 3, et rubr. 15, art. 1; de Bruges, tit. 22, art. 1; de Douai, chap. 9, art. 2; d'Orchies, chap. 8, art. 3, et du Grand Perche, art. 216.

Toutes ces coutumes prononcent si clairement la prescription de toutes sortes de Servitudes par la possession immémoriale, et l'exclusion de toute autre espèce de prescription à cet égard, qu'il serait inutile de s'y arrêter.

ART. II. *Coutumes où le temps de la prescription est différent, suivant les diverses sortes de Servitudes.*

I. On doit mettre dans cette classe les coutumes d'Alost, rubr. 9, art. 1, 2 et 3, et rubr. 16, art. 2; d'Amiens, art. 160, 161 et 165; d'Assenède, rubr. 12, art. 2; de Bouchante, rubr. 15, art. 2; de Marsal, art. 81; de Metz-évêché, tit. 16, art. 5, et de Metz-ville et cité, tit. 13, art. 1, 2 et 19.

II. Toutes ces coutumes, à l'exception de celle d'Amiens, ont principalement distingué les Servitudes continues et discontinues; la coutume d'Amiens distingue au contraire les Servitudes visibles et cachées. L'art. 165 porte que « nul ne peut acquérir possession ou prescrire Servitude contre son voisin, en choses » occultes et secrètes, s'il n'y a titre ou possession de quarante ans ».

Quant aux servitudes visibles et apparentes, elles se prescrivent dans cette coutume, par le même temps que tous les autres immeubles. On y suit la disposition des art. 160 et 161, qui admettent la prescription de dix et vingt ans avec un titre, et celle de trente ans sans titre, pour les héritages et *droits réels*.

Dufresne, sur l'art. 165, n° 1, rapporte un arrêt rendu à la première chambre des enquêtes du parlement de Paris, le 30 mars 1638, qui l'a ainsi jugé.

Cet arrêt se trouve tout au long au chap. 16 du recueil que Dufresne a joint à son commentaire, pour servir de preuves à l'interprétion de plusieurs articles. On y voit qu'il s'agissait d'une gouttière et de plusieurs fenêtres que Charles Poulain avait sur la cour de Jean Boutenors : il y avait été maintenu par une sentence du bailliage d'Amiens, qui fut confirmée. Il faut remarquer néanmoins que, sur l'appel, Poulain avait demandé acte *de ce qu'il offrait d'abondant de mettre des barreaux de fer aux fenêtres de sa maison, en sorte qu'on n'y pût point passer*, et que l'arrêt l'y condamna suivant ses offres.

On ne voit pas dans cet arrêt, depuis quel temps Poulain jouissait de ces Servitudes. Dufresne, sur l'art. 165, dit que « les Servitudes ordinaires en cette coutume se peuvent » acquérir par longue possession, par dix ans » entre présens, et vingt ans entre absens, *sans* » *titre*, conformément à la disposition du » droit ». Mais on a fait voir dans le §. 21, que le titre était nécessaire dans le droit romain pour la prescription même des Servitudes, par dix ans et vingt ans, depuis la constitution de Justinien, qui supprime la distinction de l'usucapion et de la prescription; et la coutume d'Amiens, en exigeant titre et bonne foi dans l'art. 160, pour la prescription des droits réels, achève de dissiper tous les doutes.

III. Quoique les autres coutumes de cette classe distinguent également entre les Servitudes continues et discontinues, elles n'ont pas toutes la même décision.

Celle d'Alost exige trente ans pour la prescription des Servitudes rurales continues: pour toutes les autres, elle s'en rapporte à la disposition du droit écrit.

La coutume d'Assenède admet la prescription de trente ans pour les Servitudes *continues ou égales*, et celle de cinquante ans pour les *discontinues*.

Dans celle de Bouchante, *les continues ou simples* se prescrivent par trente ans; *mais celles qu'on nomme discontinues, ne se prescrivent que par un temps immémorial.* Il ne peut guère y avoir de difficulté sur le sens de ces deux coutumes.

IV. Celles de Marsal et de Metz-évêché ne se sont pas expliquées d'une manière aussi précise: elles ne parlent pas des Servitudes continues; elles disent seulement que « droit de Servitudes discontinues sur le fonds » d'autrui, ne peut s'acquérir, s'il y a titre » ou possession de temps immémorial ».

Les dispositions de ces coutumes sur la prescription en général, suppléent à leur silence sur celle des Servitudes continues en particulier. L'art. 78 de celle de Marsal et l'art. 1 du tit. 16 de celle de Metz, admettent la prescription des héritages ou *autres choses prescriptibles*, par trente ans, entre présens ou absens; mais l'art. 82 de celle de Marsal et l'art. 6 du tit. 16 de celle de Metz ajoutent « qu'on ne peut prescrire la Servitude de » prendre jour sur l'héritage d'autrui, par » quelque laps de temps que ce soit, s'il n'y » a en la fenêtre pattes ou assiettes de ven- » tillons, ou grilles et araignées du dehors » qui sont marques de ladite Servitude, ou » bien qu'il n'y ait titre de constitution ».

Lalaure a mal-à-propos confondu cette coutume de Metz-évêché, avec celle de Metz-ville et cité, dans le chap. 2 du liv. 2 de son ouvrage, où il applique le commentaire anonyme donné sur cette dernière coutume, à la première, qui est très-différente.

V. La coutume de Metz-ville et cité présente des difficultés d'une autre espèce. L'art. 1 du tit. 13 porte d'abord, en général, que « la Ser- » vitude s'acquiert par celui qui en a joui pai- » siblement par vingt ans et vingt jours, au vu » et au su d'un tiers », c'est-à-dire, entre présens.

L'art. 2 ajoute: « le droit de passage, pâtu- » rage, *conduit d'eau, égoût* et autres Servi- » des *dont l'usage* n'est continuel, ne s'acquiert » sur l'héritage d'autrui, s'il n'y a titre ou jou- » issance paisible de vingt ans et vingt jours, » *depuis la contradiction* du seigneur ou pro- » priétaire, par le moyen de laquelle ce droit » a été prescrit ».

Le commentateur anonyme de la coutume de Metz assure que la prescription immémoriale n'est point exclue par l'art. 2, pour le cas où la possession n'aurait pas été précédée de contradiction. Lalaure adopte aussi cette décision; il observe, à ce sujet, « qu'il est as- » sez juste d'appliquer cette maxime à toutes » les coutumes dans lesquelles le titre n'est » pas absolument essentiel pour acquérir les » Servitudes, parceque la possession immé- » moriale a bien plus de force que toutes les » autres possessions; que, selon Dumoulin, » elle a presque autant de force que le titre » même; et qu'elle fait présumer que les cho- » ses ont eu un commencement légitime, » exempt de toute suspicion de fraude ».

Ces deux auteurs citent un arrêt du parlement de Metz, du 28 juin 1725, qui l'a ainsi jugé, pour un droit de vain pâturage, au profit d'un particulier.

Cet arrêt est d'autant plus remarquable, qu'il s'agissait d'un canton qui était dans *le ban de la ville*. L'hôtel de ville intervint, et prit le fait et cause de son pâtre qui contestait le vain pâturage: enfin, les trois ordres de la ville de Metz formèrent opposition à l'arrêt; ils interjetèrent même appel d'un jugement interlocutoire de l'hôtel de ville, sous prétexte qu'en admettant la preuve de la possession immémoriale, il était contraire à la disposition de l'art. 2. Un second arrêt, du 17 janvier 1726, confirma le premier.

Cette règle reçoit néanmoins une exception lorsque la possession est contraire à des titres ou à des droits qui en tiennent lieu. Le commentateur anonyme de la coutume de Metz cite un autre arrêt du 2 juin 1706, qui paraît fondé sur cette distinction. Cet arrêt « a fait » défenses au meunier de Louvigny, d'envoyer » vain-pâturer ses bestiaux sur le ban de la » Hautonnerie, séparément du troupeau com- » munal de Louvigny, malgré la possession » immémoriale que ce meunier et le seigneur » de Louvigny, son maître, alléguaient; et » cela, parceque tout le droit du ban de Lou- » vigny sur celui de la Hautonnerie, n'étant » qu'un simple parcours réciproque, on n'a- » vait pu l'étendre, par quelque possession que » ce fût, jusqu'à charger ce dernier ban d'un » troupeau à part et particulier au meunier ».

L'art. 19 de la même coutume dit que « nul » n'est tenu de porter *les eaux ou égoûts* de » son voisin; s'il n'en appert pas titre ou pos- » session suffisante ».

Cet article semble d'abord contraire à l'art. 2, qui met *les conduits d'eaux et égoûts* au

nombre des Servitudes discontinues et imprescriptibles, tant qu'il n'y a pas eu de contradiction.

On pourrait dire, à la rigueur, que l'art. 19 peut se rapporter à cette prescription; mais dans ce cas, cet article serait au moins inutile.

Le commentateur propose une conciliation très-raisonnable de ces deux articles.

« L'art. 2 (dit-il) n'a en vue que les égoûts destinés à l'écoulement des eaux sales, qui sortent ou qu'on jette des cuisines, écuries ou autres endroits des maisons (1), et qui forment une Servitude tout-à-fait incommode.

» L'art. 19, au contraire, est relatif aux eaux pluviales, qu'on appelle en droit *jus stillicidii*. Cette sorte d'égoût est mise en droit au nombre des Servitudes continues, parceque, quoiqu'il ne pleuve pas toujours, les chénaux, gouttières, égoûts ou autres tuyaux servant à l'écoulement des eaux de pluie, paraissent et existent.

» Coquille, sur la coutume de Nivernais, tit. 10, art. 2, et Dumoulin, sur celle de Blois, art. 230, distinguent ces deux espèces d'égoûts; et c'est ainsi qu'on l'observe à Metz.

ART. III. *Coutumes où l'on acquiert les Servitudes par la prescription ordinaire*

I. Ces coutumes sont celles d'Artois, art. 72; d'Auvergne, chap. 17, art. 1, 2, 3 et 4 (2); de Béarn, *rubrica de præscriptionibus*, art. 4; de Boulonnais, art. 120; de Châlons, art. 144; de Chauny, art. 69; de la Gorgue, art. 43 et 45; de Nieuport, rubr. 15, art. 6; de Ponthieu, art. 115, de Saint Omer, bailliage, art. 21; de Saint-Omer, ville et échevinage, art. 30; de Toul, art. 107, de Valenciennes, art. 93; de Vermandois, art. 145.

Toutes ces coutumes ne sont pas d'accord sur le temps nécessaire pour la prescription; mais elles le règlent toutes sur celui qu'elles exigent pour les autres matières réelles; et la plupart n'ont qu'un seul et même article pour la prescription de ces matières en général, et celle des Servitudes en particulier.

La coutume de Ponthieu est celle qui adopte la prescription la plus courte: elle n'exige que vingt ans *entre gens lais et non privilégiés, présens ou absens*.

La coutume de Valenciennes exige vingt ans entre presens, et trente ans entre absens.

Les coutumes de Saint-Omer, bailliage et ville, disent simplement que les Servitudes se peuvent acquérir, soit par titre, *soit par possession suffisante à prescription*. Ces coutumes ne fixent point le temps nécessaire à la prescription; mais comme elles sont locales de la coutume d'Artois, où la prescription est de vingt ans entre présens, trente ans entre absens, et quarante ans contre l'église, c'est aussi là la règle qu'il faut suivre en matière de Servitude.

Il en est de même de la coutume de Toul, qui porte simplement que les Servitudes urbaines et rustiques s'acquièrent par la prescription. On doit se régler sur l'art. 137, qui fixe la prescription à trente années entre les laïcs, et à quarante années contre l'église.

Les coutumes d'Auvergne, de Châlons, de la Gorgue et de Vermandois, admettent aussi la prescription trentenaire; cela ne doit néanmoins s'entendre que des majeurs et des autres personnes capables de poursuivre leurs droits. C'est la décision de l'art. 3 de la coutume d'Auvergne.

Il faut observer au surplus que, dans la coutume d'Auvergne, la prescription de trente ans a lieu contre l'église même, parceque l'art. 1 du titre *des prescriptions* porte expressément « qu'il n'y a qu'une seule prescription, qui est » de trente ans, à laquelle toutes autres pres» criptions, soit greigneurs ou moindres, sont » réduites ».

L'art. 44 de la coutume de la Gorgue exige, au contraire, une possession de quarante ans contre l'église; et c'est le droit commun (1).

La coutume de Béarn porte simplement: *En prescription de Servitudes, si a gardat lo dret comun*, c'est-à-dire, le droit écrit. *V.* ce qu'on a dit sur le parlement de Pau, dans le §. 22, art. 7.

La coutume de Nieuport veut aussi que « toutes prescriptions de Servitudes, soit con» tinues ou discontinues, soient réglées selon la » disposition du droit écrit et commun ».

II. On a cru devoir mettre dans cette classe les coutumes d'Artois et de Boulonnais, quoiqu'elles ne parlent pas nommément de la prescription des Servitudes. Mais l'art. 72 de la première admet la prescription de vingt ans entre présens, de trente ans entre absens, et de quarante ans contre l'église, *pour les héritages, droits réels ou personnels, corporels ou incorporels, à titre ou sans titre;* et Maillard comprend avec raison les Servitudes sous ces termes généraux. Il rapporte trois arrêts du parlement de Paris des 13 mars 1691, 2 juin

(1) Le commentateur ajoute que c'est ce qu'on nomme *jus cloacæ*; mais on a vu dans le §. 15, que la Servitude de cloaque était tout différente Rome.

(2) [[*V.* l'article *Vue*, §. 4, n° 1 *bis*.]]

(1) [[*V.* l'article *Prescription*, sect. 3, § 4.]]

1706 et 22 juillet 1722, qui l'ont ainsi jugé : le premier, pour un droit de pâturage, au profit d'un particulier; le second, pour un droit de vue; et le troisième pour un cantonnement prohibitif entre les habitans d'une même paroisse.

L'art. 120 de la coutume de Boulonnais admet la prescription de vingt ans entre présens ou absens *pour chose mobile ou immobile, droit corporel ou incorporel, avec ou sans titre;* et Babel (cité par Lalaure) dit que la prescription a été admise plusieurs fois *par des sentences confirmées par arrêt, pour un droit de passage.*

III. On a mis à plus forte raison dans cette classe la coutume de Châlons, parcequ'on a cru, avec Godet et Lalaure, que l'art. 144 parle de l'acquisition des Servitudes, et non pas de leur extinction par prescription. Cette coutume n'a effectivement que deux articles dans le titre *des Servitudes*, l'art. 143 et l'art. 144. L'art. 143 porte : « Par la coutume de » Châlons, le pied saisit le chef, c'est-à-dire, » qu'on peut lever son édifice sur la place tout » droit, à plomb et à ligne, si haut que bon » lui semble, et contraindre son voisin de re» tirer chevrons et toute autre chose portant » sur sa place, par quelque temps que les cho» ses aient été en cet état, et fût-ce de cent » ans ». L'art. 144 dit ensuite : « Vues et » égoûts et autres Servitudes se prescrivent » par trente ans, encore que le possesseur » n'eût titre ».

Cependant Billecart prétend qu'il n'est question, dans cet article, que de la prescription contre les Servitudes. « On explique ainsi » (dit-il) le présent article : *vues et égoûts se* » *perdent par celui qui en a le droit par ti*» *tre; et la liberté s'acquiert par le posses*» *seur de l'héritage chargé, encore que le* » *possesseur n'eût titre par trente ans* ».

Lalaure a fort bien prouvé que cette interprétation était forcée. Dès que l'art. 144 parle des Servitudes, sans faire mention des fonds sur lesquels elle peuvent être constituées, le mot *possesseur* ne peut pas s'appliquer à ces fonds, mais aux Servitudes. Or, le possesseur d'une Servitude n'est pas celui qui la doit, mais bien celui à qui elle est due. Qu'aurait-il été besoin d'ailleurs d'un article exprès, pour annoncer que les Servitudes en particulier s'éteignent par la prescription trentenaire? Un point aussi certain ne valait guère la peine d'en faire un article.

On peut remarquer encore que l'art. 145 de la coutume de Vermandois est, mot pour mot, conforme à l'art. 144 de la coutume de Châlons; et que Buridan et Lafond l'ont également entendu de la prescription pour acquérir.

Frontin, dans sa *conférence* sur l'art. 186 de la coutume de Paris, Boucheul, sur l'art. 372 de celle de Poitou, n° 174, et tous les auteurs, ont adopté cette interprétation, quoique Coquille, dans ses *Institutions coutumières*, y ait donné le même sens que Billecart.

Enfin, le procès-verbal de ces deux coutumes porte « que cet article a été accordé pour » coutume nouvelle, à cause que le pays est pays » de frontière, sujet aux guerres, et que, par » ce moyen, *les possesseurs peuvent souvent* » *perdre leurs titres* ». Cette explication dissipe tous les doutes. La perte des titres est favorable à la libération des Servitudes, par la raison même qu'elle est contraire à leur conservation. Il s'agit donc bien ici de l'acquisition, et non pas de l'extinction des Servitudes.

Lalaure pense néanmoins que c'est aussi forcer le sens de l'art. 144 de la coutume de Châlons, que de l'appliquer à toutes les Servitudes. « Il n'est (dit-il) question que de vues et » égoûts *et autres Servitudes de la même es*» *pèce*, et non des Servitudes discontinues, » telles que celles de passage et puisage ».

Lalaure veut donc que ces dernières ne puissent être acquises par la possession trentenaire, à moins qu'elle n'ait été précédée de contradiction. Il applique la même décision aux coutumes de Chauny, Metz, Ponthieu et Vermandois. Mais cette distinction est absolument insoutenable. La coutume de Châlons ne dit point *vues et égoûts et autres Servitudes de la même espèce;* mais *vues et égoûts et autres Servitudes* en général. Enfin, l'exception portée par l'art. 143, prouve assez que la coutume a bien su distinguer ce qu'elle entendait exclure de la prescription. Elle ne l'a rejetée que par un règlement de police dont l'objet n'a aucun rapport à toutes les autres Servitudes.

§. XXVII. *De l'établissement des Servitudes par prescription dans les coutumes muettes.*

Les jurisconsultes ont été on ne peut pas plus partagés sur la question de savoir quelle règle on doit suivre dans les coutumes qui n'ont rien décidé sur la prescription des Servitudes.

Plusieurs pensent qu'on y doit admettre les principes du droit romain, principes qu'ils interprètent suivant la doctrine des auteurs qu'ils ont consultés. Ainsi, Barraud, sur le tit. 12 de la coutume de Poitou, dit que, pour acquérir droit de Servitude par la possession sans titre sur le fonds d'autrui, il est néces-

suire d'en jouir de bonne foi et par droit de Servitude; et que, « si la jouissance n'est justifiée avoir été faite par droit de Servitude, » elle sera présumée avoir été faite par familiarité et vicinité ». Il conclud de-là qu'en » simple tolérance, la prescription de Servitude sur le fonds d'autrui, ne commence que » *à die possessionis et contradictionis aut* » *prohibitionis*; de manière que si on jouit » *post contradictionem aut prohibitionem*, » par dix ans paisiblement, *acquiritur Servi-* » *tus. Bald. in l.* 1, C. *de Servit. et aqud.* » Néanmoins (ajoute-t-il), l'opinion commune » et plus véritable est que, sur le fonds et héritage d'autrui, droit de Servitude sans titre » ne s'acquiert que par trente ans, non plus » que la liberté ».

On voit que cette décision n'est pas propre à dissiper tous les doutes.

Boucheul, sur l'art. 372 de la même coutume, propose une distinction. Il prouve d'abord fort bien, nos 175 et 176, que la plupart des coutumes qui se sont expliquées sur cet objet, excluent la prescription, et que plusieurs arrêts l'ont ainsi jugé. Il observe, no 180, « qu'on suit communément la disposition de » l'art. 186 de la coutume de Paris, comme la » capitale du royaume, composée des arrêts » et réglemens de la Cour, *que les Servitudes* » *ne peuvent s'acquérir sans titre, par quel-* » *que temps que ce soit* ». Mais il ajoute ensuite : « ce que je voudrais restreindre aux » Servitudes qu'on appelle latentes, *et quæ* » *non inhærent solo.* Mais quant aux Servitudes apparentes, et qu'on peut juger par leur » qualité être aussi anciennes, et pour l'usage » nécessaire de l'héritage à cause duquel on » les prétend, une possession immémoriale les » devrait faire recevoir sans aucun titre, non-» seulement parcequ'un si long temps le fait » présumer perdu, mais encore parcequ'il » équipolle à un véritable titre : *vicem consti-* » *tuti obtinet* ».

Louvet, sur les coutumes de Beauvoisis, art. 12 et 13, propose de recourir à la coutume la plus voisine de celle qui n'a aucune disposition sur la prescription des Servitudes, ou à celles qui ont à-peu-près les mêmes dispositions. Mais cet expédient, qui ne leverait pas toutes les difficultés, est sujet à bien des objections; et les raisons qui peuvent déterminer à suivre cette règle dans d'autres matières, ne peuvent guère être adoptées ici.

Il faut distinguer, dans les coutumes, les matières sur lesquelles elles ont des dispositions, et qui tiennent, pour ainsi dire, essentiellement à leur système, et celles dont elles ne disent rien. Dans les premières, qui comprennent d'ordinaire les droits féodaux, les successions, les retraits, etc., il est très-sage d'interpréter une coutume obscure en quelque point, par les usages des lieux, et par les dispositions même des coutumes voisines, ou de celles qui ont le même esprit. Mais lorsqu'il s'agit d'un objet isolé et dont un très-grand nombre de coutumes ne disent rien, tels que sont les Servitudes, la loi d'une coutume voisine, ou de celles dont l'esprit général est le même, ne peut guère tirer à conséquence. On peut en voir un exemple frappant dans ce qu'on a dit, §. 25, sur les coutumes d'Anjou et du Maine, qui sont très-voisines et très-ressemblantes.

Il paraît donc plus sûr ici, dans la nécessité où l'on est de prendre un parti, de se régler sur ce qu'a décidé la coutume de Paris, qui contient, à cet égard, les règles les plus sages que l'expérience et les lumières des magistrats qui ont concouru à la réformation, aient pu trouver sur les Servitudes.

[C'est ce qu'a jugé un arrêt très-récent, dont voici l'espèce.

Une personne, domiciliée sous l'empire de la coutume de la Rochelle, était en possession, depuis 1719, de faire couler ses eaux par un aqueduc passant dans une maison voisine, plus basse que la sienne : le propriétaire de cette maison, voulant secouer le joug de cette Servitude, a fait assigner le propriétaire de la maison supérieure, pour le faire condamner à s'en abstenir, ou à produire son titre. Sentence du présidial de la Rochelle, qui condamne celui-ci à justifier de son titre, ou à cesser l'usage de la Servitude. Appel au parlement de Paris. L'appelant a prétendu qu'il fallait distinguer entre un égoût caché ou une Servitude latente, qui ne peut s'acquérir sans titre, quelque possession qu'on en ait, et un égoût visible, qui est une propriété manifeste, qu'on peut, au contraire, disait-il, acquérir par la voie de la prescription, tel que l'aqueduc dont il s'agit. L'intimé a soutenu qu'en matière de Servitude, dans les coutumes muettes, comme dans celles de la Rochelle, on devait suivre la disposition de la coutume de Paris; qu'ainsi, la sentence était juste, et devait être confirmée. En effet, par arrêt du 6 février 1782, rendu à l'audience de sept heures, le parlement de Paris a confirmé la sentence du présidial de la Rochelle, et a condamné l'appelant à l'amende et aux dépens.

Il a donc été jugé que la règle, *nulle Servitude sans titre*, doit être étendue aux coutumes muettes.]

C'est aussi l'opinion de l'Hommeau, sur l'art.

480 de la coutume d'Anjou; de Leprêtre, dans sa cent. 2, chap. 63; de Durand, sur l'art. 119 de la coutume de Vitry (1); de Labbé et Ragueau, sur la coutume de Berry, tit. 11, art. 2; de Lathaumassière, sur la coutume de Montargis, tit. 10, art. 1; de Legrand, sur l'art. 61, gl. 5, de la coutume de Troyes; des annotateurs de Vigier, sur la coutume d'Angoumois, art. 36; de Valin, sur la coutume de la Rochelle, art. 59, n° 42.

Ces derniers auteurs proposent néanmoins une limitation à cette règle générale : c'est que des actes énonciatifs d'une Servitude visible, accompagnés d'une possession paisible et connue depuis un temps immémorial, suffisent, comme supplétifs au titre primordial, pour faire maintenir dans l'usage et l'exercice de la Servitude. Ces auteurs citent des jugemens conformes des sièges d'Angoulême et de la Rochelle, relatifs à des droits de passage et d'égoût.

Il ne faut point, comme on l'a vu dans le paragraphe précédent, mettre au nombre des coutumes muettes, les coutumes d'Artois et de Boulonnais : doit-il en être de même de la coutume de la Marche?

L'art. 91 de cette coutume dit que « tous » droits, actions et autres choses corporelles, » ou incorporelles, cens, rentes, et devoirs » quelconques *prescriptibles*, se prescrivent, » s'acquièrent, et se perdent *etiam* sans titre, » par l'espace de trente ans continuels et accomplis contre les laïcs, et de quarante ans » contre l'église ».

Jabely, sur cet article, dit que la prescription qui y est établie, doit s'étendre aux Servitudes, quoiqu'il convienne que des praticiens du pays pensent qu'il faut un titre. La raison qu'il donne de son sentiment, est que ces mots, *tous droits*, n'exceptent rien; mais la coutume prononce elle-même la réponse, puisqu'elle dit *tous droits..... prescriptibles*. Il faut donc toujours recourir au droit commun des pays coutumiers, suivant lequel les Servitudes ne sont pas des droits prescriptibles.

Cependant cet auteur cite deux arrêts, l'un, du 1er mars 1637, qui a reçu la prescription trentenaire *d'aller et venir à la fontaine et au lavoir du village de Vernet, et autres droits de Servitudes*, au profit de Simoneau, propriétaire du hameau de Chez-Duprat; le second, du 30 juillet 1685, qui, en confirmant une sentence de Gueret, a admis Bonnierat *à faire preuve de sa possession trentenaire, de passer et repasser par le pré du nommé Aucouturier, son voisin, pour aller au sien et revenir*.

Couturier de Fornoue, qui est d'un avis opposé à celui de Jabely, soutient que ces arrêts ne prouvent rien, parceque, dans l'espèce du premier, il s'agissait d'une fontaine et d'un chemin publics, et que, dans celle du second, il ne s'agissait que du fait et non pas du droit, dans lequel on aurait dû se renfermer : il observe même que le premier arrêt, au lieu d'avoir reçu la prescription *d'autres droits de Servitudes*, comme le dit Jabely, avait expressément débouté Simoneau de la demande du droit de pâturage sur le communal d'un village voisin, qui était entouré, presque de toutes parts, de ses domaines, quoiqu'il alléguât une possession très-ancienne.

Couturier de Fournoue cite deux arrêts des 6 septembre 1664 et 23 mars 1671, dont il ne donne point l'espèce, mais qui ont jugé, dit-il, précisément que la possession ne suffisait pas pour acquérir des Servitudes dans la coutume de la Marche. Auzanet, dans ses arrêts, chap. 46, en rapporte un troisième, du 1er mars 1621, qui ordonna qu'un particulier ne pourrait vérifier que par titre un droit de chemin qu'il prétendait; sauf, s'il ne pouvait avoir d'autre chemin pour aller à son héritage, à se pourvoir par action, en indemnisant l'adversaire. Cet arrêt confirma la sentence du premier juge, en infirmant celle des juges d'appel, qui avaient admis la preuve de la possession.

Ces arrêts sont aussi rapportés au *liv. 3*, chap. 17, de l'ouvrage de Lalaure, qui a suivi le sentiment de Couturier de Fornoue. Ce dernier auteur croit néanmoins que la possession est un titre valable pour établir la Servitude, quand il paraît que les héritages ont appartenu à la même famille ou à la même communauté, et lorsque, dans la clôture de séparation de deux héritages renfermés de haies ou de murailles, dont l'un joint le chemin public, et l'autre en est séparé par le précédent, il se trouve une porte ou ouverture ancienne; mais Lalaure rejette cette distinction, comme contraire à l'art. 216 de la coutume de Paris; il conclud donc que la prescription des Servitudes ne pourrait avoir lieu, dans la coutume de la Marche, qu'autant que la possession trentenaire aurait été précédée de contradiction, conformément à ce que décide l'art. 362 pour les pâturages.

[[Mais ne peut on pas opposer à cette doctrine, l'extrême affinité qu'avait la coutume

(1) Le sentiment de cet auteur est d'autant plus remarquable que, dans la coutume de Vitry le droit d'usage dans les bois est prescriptible par quarante ans, sans titre, suivant l'art. 119.

de la Marche avec le droit romain? *V.* l'article *Testament*, sect. 1, §. 1, art. 3, n° 3-17°.

§. XXVIII. *Dispositions du Code Civil sur l'établissement des Servitudes par prescription.*

I. Le Code civil fait, sur cette matière, une distinction aussi sage que simple :

« Art. 690. Les Servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre, ou par la possession de trente ans.

» 691. Les Servitudes continues, non apparentes, et les Servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titres.

» La possession, même immémoriale, ne suffit pas pour les établir, sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les Servitudes de cette nature, déjà acquises par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière ».

» Ainsi (disait l'orateur du gouvernement, M. Berlier, à la séance du corps législatif, du 29 nivôse an 12), les Servitudes continues et apparentes pourront s'acquérir par une possession trentenaire; car des actes journaliers et patens, exercés pendant si longtemps, sans aucune réclamation, ont un caractère propre à faire présumer le consentement du propriétaire voisin : le titre même a pu se perdre : mais la possession reste, et ses effets ne sauraient être écartés sans injustice.

» Il n'en est pas de même à l'égard des Servitudes continues, non apparentes, et des Servitudes discontinues, apparentes ou non.

» Dans ce dernier cas, rien n'assure, rien ne peut même faire légalement présumer que le propriétaire voisin ait eu une suffisante connaissance d'actes souvent fort équivoques et dont la preuve est dès-lors inadmissible.

» La preuve de la possession trentenaire sera donc recevable dans la première espèce; mais nulle preuve de possession, *même immémoriale*, ne sera admise dans la seconde.

» Cette décision, conforme à la justice et favorable à la propriété, est l'une des plus importantes du projet, et mérite d'autant plus d'attention, qu'elle n'était pas universellement admise dans le dernier état de la jurisprudence.

» Nulle part, on n'avait pu méconnaître la différence essentielle qui existe entre ces diverses espèces de Servitudes; mais tout ce qui en était résulté dans quelques ressorts, c'est qu'au lieu de possession trentenaire, on exigeait, à défaut de titre la possession *immémoriale* pour l'acquisition des Servitudes discontinues.

» De graves auteurs, et notamment Dumoulin, avaient adopté cette opinion : mais qu'est-ce qu'une possession *immémoriale* pouvait ajouter ici, et quelle confiance pouvaient mériter, au-delà de trente ans, les mêmes faits, les mêmes actes que l'on avouait être équivoques et non concluans, pendant cette première et longue série d'années?

» En rejetant cette possession immémoriale, notre projet a donc fait une chose qui, bonne en soi, s'accordera aussi avec les vues générales de notre nouvelle législation, en matière de prescription : la plus longue doit être limitée à trente ans : et les actes qui ne se prescrivent point par ce laps de temps, peuvent bien être considérés comme de nature à ne prescrire jamais... ».

II. On vient de voir que l'art. 691 du Code civil, tout en proscrivant l'acquisition des Servitudes discontinues par la possession même immémoriale, maintient les Servitudes de cette nature qui, à l'époque de la promulgation de ce Code, se trouvaient acquises de cette manière, dans les pays où cette manière de les acquérir était admise.

Cette disposition, qui n'est que la conséquence du principe consacré par l'art. 2 du même Code, que les lois nouvelles ne disposent que pour l'avenir, et que jamais elles ne peuvent avoir d'effet rétroactif, laisse indécises deux questions importantes :

La première, si, de la défense portée par l'art. 691, d'acquérir désormais par prescription les Servitudes discontinues, il résulte que la prescription des Servitudes discontinues, qui, avant la promulgation du Code civil, avait commencé à courir dans un pays où elle pouvait avoir lieu, peut s'achever et se compléter, d'après les anciennes lois, ou si elle a été entièrement détruite par la loi nouvelle :

La seconde, si, relativement aux Servitudes continues et apparentes, la possession qui avait commencé avant la promulgation du Code civil dans les pays où ces Servitudes ne pouvaient alors s'acquérir que par titre, doit être comptée pour la prescription que l'art. 690 autorise : ou si, dans ces pays, il n'y a d'utile pour la prescription des Servitudes continues et apparentes, que le temps pendant lequel on a possédé depuis la promulgation de cet article.

Ces deux questions sont traitées sous le mot *Prescription*, sect. 1, §. 3, nos 8 et 9.

III. Le Code civil maintient-il également les Servitudes qui, avant sa promulgation, avaient été établies par des statuts ou des usages locaux ?

V. l'article *Voisinage*, §. 4, n° 6.

IV. L'art. 695 du Code civil décide que « le » titre constitutif de la Servitude, à l'égard » de celles qui ne peuvent s'acquérir par la » prescription, ne peut être remplacé que » par un titre récognitif de la Servitude, et » émané du propriétaire du fonds asservi ».]]

§. XXIX. *Comment doit-on user de la Servitude?*

I. On doit tâcher de concilier, dans l'usage de la Servitude, le plus grand avantage de l'héritage dominant et la moindre incommodité de l'héritage servant, en se renfermant dans l'objet de la Servitude, et dans les limites que le titre qui l'a établie, peut y avoir mises.

II. Ce principe, qui est dicté par la justice, sert à résoudre cette question si fort controversée par les auteurs: *à qui, du propriétaire de l'héritage servant ou de celui de l'héritage dominant, appartient-il de déterminer ce que le titre constitutif de la Servitude a laissé d'indécis, sur la manière d'user de ce droit;* par exemple, de fixer le lieu du passage qui a été accordé indéfiniment dans un domaine pour aller à un autre?

Supérior, sur la loi 8, D. *de Servitutibus*, a fort bien prouvé qu'il y a quelque chose d'inintelligible dans la loi 3, §. 1, D. *de Servitutibus prædiorum urbanorum*, quoiqu'Alciat eût fait tous ses efforts pour en sauver les contradictions. Il suffit de consulter ce qu'a dit Cæpolla sur cet objet, chap. 23, nos 1, 2 et 3, pour voir qu'il n'y a pas été plus heureux, et qu'il ne s'est pas entendu lui-même. Cet auteur ajoute, n° 4, qu'on doit examiner à qui s'adresse la concession des Servitudes, afin d'en interpréter les termes pour lui; il pense donc que, si, dans un testament, on accorde à quelqu'un le droit de passage, c'est à lui à en choisir le lieu; et que, si l'on charge l'héritier de lui en donner un, c'est alors à l'héritier à faire ce choix. Lors, au contraire, que les termes de la concession ne sont relatifs à personne en particulier, Cæpolla dit que c'est à celui qui l'a établie, à faire le choix du lieu, si elle a été constituée par contrat, et au légataire, si elle l'a été par un acte de dernière volonté.

Davezan, part. 4, après avoir examiné les lois qu'on oppose communément, pour attribuer l'option, soit ou debiteur, soit au propriétaire de la Servitude, observe fort bien, d'après Cujas, que la contrariété qui paraît subsister entre quelques unes de ces lois, provient de la différence que les Romains avaient mise entre les legs *per damnationem*, et ceux *per vindicationem;* mais que le nouveau droit ayant attribué au legs *per damnationem*, les avantages des legs *per vindicationem*, l'option doit toujours appartenir au légataire, lorsque le testament ne la défère pas expressément à l'héritier. Il ajoute néanmoins que si le légataire ou l'héritier fait une fixation déraisonnable, il faut prendre un arbitre, afin de déterminer le lieu qui sera trouvé le plus convenable pour le passage, comme le décide Javolénus, dans la loi 13, §. 1, D. *de Servitutibus prædiorum rusticorum*. Davezan ajoute que ce parti paraît le plus sage dans tous les cas.

Dumoulin, dans son traité *de dividuo et individuo*, part. 3, n° 87, dit que l'option doit toujours appartenir au propriétaire de l'héritage servant. Il se fonde, pour cela, sur le principe que la Servitude doit être exercée de la manière la moins nuisible pour lui.

Lalaure, qui rappelle ce sentiment de Dumoulin, liv. 1, chap. 11, en paraissant l'approuver, dit néanmoins, que l'option appartient au propriétaire de l'héritage dominant. Il cite, à cette occasion, la loi 21, D. *de Servitutibus prædiorum rusticorum*, qui semble effectivement le décider. Mais il ajoute en note: « La loi 26, D. *de Servitutibus prædiorum* » *rusticorum*, porte de semblables disposi» tions ». Il ne faut qu'y recourir pour voir qu'elle attribue l'option à l'héritier du testateur qui a fait la concession, et non au légataire à qui elle a été faite.

Supérior prétend que *c'est là disputer de la chappe à l'évêque* (1), si je puis me servir de cette expression triviale, pour rendre la sienne. Il pense donc que l'option ne doit appartenir ni à l'un ni à l'autre des deux propriétaires, et que c'est au juge à régler cette difficulté. Il faut avouer que cette solution est la plus raisonnable, et que la justice seule peut bien décider ce point, lorsque les parties ne se concilient pas à l'amiable pour leur intérêt commun.

On convient du moins assez généralement que, lorsque le lieu du passage est une fois déterminé, il ne dépend ni de l'une ni de l'autre des parties de le changer sans le gré de l'autre.

[[*V.* ci-après, n° 5.]]

II. Lorsque le titre de l'établissement d'une Servitude active n'en borne point l'exercice à

(1) *Non est minùs ridicula illa quæstio, quàm si quæras de duobus piscibus diversi generis uter canat dulcius, cùm mutos omnes esse constet.*

un certain temps, il y a des cas où l'équité indique néanmoins la nécessité de limiter ce droit indéfini à de certaines heures : par exemple, s'il s'agit du droit de puisage dans la cour du voisin, on ne doit pas avoir la liberté d'y aller la nuit.

Basnage, sur l'art. 621 (1) de la coutume de Normandie, pense qu'il n'en est pas ainsi du droit de passage, parceque, dit-il, on a besoin de passer à toute heure. Cependant Mornac, sur la loi 13, D. *de Servitutibus*, cite un arrêt du 16 février 1618, qui a réglé que le passage d'une maison serait ouvert depuis six heures du matin jusqu'à neuf heures du soir, de la Saint-Remi à Pâque, et depuis quatre heures du matin jusqu'à dix heures du soir, de Pâque à la Saint-Remi.

Tous les commentateurs de la coutume de Paris adoptent cette décision, qui pourrait cependant souffrir bien des modifications, suivant les circonstances.

III. Le droit de Servitude comprend nécessairement tous les accessoires qui sont nécessaires pour l'exercer. Si donc il est besoin d'entrer chez vous pour faire usage de mon droit de puisage ; si, pour conduire l'eau que vous m'avez accordée dans votre fonds, il faut y creuser un canal ; dans tous ces cas et les autres semblables, j'ai le droit de passer chez vous et d'y faire faire tous les ouvrages qu'exige la nature de ma Servitude.

[[Ce principe est expressément consacré par l'art. 696 du Code civil. « Quand on » établit une Servitude, on est censé accorder » tout ce qui est nécessaire pour en user. Ainsi, la Servitude de puiser de l'eau à la fon» taine d'autrui, emporte nécessairement le » droit de passage ».]]

IV. Il ne dépend pas du propriétaire de l'héritage dominant de faire, dans la Servitude une fois établie, des changemens qui l'augmentent ou la rendent plus incommode. Ainsi, il ne peut surcharger un mur, élargir un passage et avancer le bord d'un toit dont le voisin doit recevoir les eaux. [[« Celui qui a un droit de » Servitude (porte l'art. 702 du Code civil), ne » peut en user que suivant son titre, sans pou» voir faire, ni dans le fonds qui doit la Ser» vitude, ni dans le fonds à qui elle est due, » de changement qui aggrave la condition du » premier ».]]

Cette décision, qui est puisée dans les lois romaines, peut souffrir néanmoins des exceptions, lorsque le titre constitutif de la Servitude donne un droit indéfini. Ainsi, par exemple, lorsque j'ai le droit d'avoir des vues telles que je les voudrais sur votre maison, ou d'appuyer mes poutres et solives sur vos murs, je puis agrandir mes fenêtres, les multiplier même, et placer de nouvelles poutres et solives dans votre muraille, s'il en est besoin pour les changemens que je veux faire dans ma maison.

[[V. Réciproquement, « le propriétaire du » fonds débiteur de la Servitude ne peut rien » faire qui tende à en diminuer l'usage ou à le » rendre plus incommode. Ainsi, il ne peut » changer l'état des lieux, ni transporter l'exer» cice de la Servitude dans un endroit diffé» rent de celui où elle a été primitivement as» signée. Mais cependant, si cette assignation » primitive était devenue plus onéreuse au » propriétaire du fonds assujéti, ou si elle em» pêchait d'y faire des réparations avantageu» ses, il pourrait offrir au propriétaire de l'au» tre fonds un endroit aussi commode pour » l'exercice de ses droits, et celui-ci ne pour» rait pas le refuser ». Ce sont les termes de l'art. 701 du Code civil.]]

VI. Dans tous les cas, c'est au propriétaire de la Servitude à faire les dépenses nécessaires pour l'établissement ou l'entretien de la Servitude, à moins qu'on ne soit convenu expressément du contraire.

[[Cette maxime est ainsi expliquée par le Code civil :

« Art. 697. Celui auquel est due une Servitude, a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver.

» 698. Ces ouvrages sont à ses frais, et non à ceux du propriétaire du fonds assujéti, à moins que le titre d'établissement de la Servitude ne dise le contraire.

» 699. Dans le cas même où le propriétaire du fonds assujéti est chargé par le titre de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la Servitude, il peut toujours s'affranchir de la charge, en abandonnant le fonds assujéti au propriétaire du fonds, auquel la Servitude est due ».]]

VII. Si le fonds asservi souffre quelque dommage par une suite naturelle de la Servitude, comme si un héritage est inondé par un torrent auquel la Servitude d'une prise d'eau donne ouverture; si un toit est endommagé par la chute d'une pluie extraordinaire qui s'écoule du toit de l'héritage dominant, le propriétaire de la Servitude ne sera pas tenu de ces sortes de dommages.

(1) Cet article permet au propriétaire de clore le lieu de passage, en laissant à ceux qui ont la Servitude, une clef des serrures.

VIII. Le possesseur de l'héritage à qui la servitude est due, dit fort bien Pothier, sur le tit. 13 de la coutume d'Orléans, n° 4, ne peut s'en servir que pour l'héritage auquel elle est due : par exemple, si j'ai acquis le droit de tirer de la marne de votre héritage pour marner le mien, je ne puis en tirer pour marner d'autres héritages, pas même des terres acquises depuis la constitution de la servitude, et que j'aurais unies au domaine auquel la servitude est due; car je ne peux, par mon fait et par cette union, qui n'est qu'une simple destination, aggraver la servitude. Il en serait autrement des terres qui seraient accrues à mon héritage par alluvion; car cette union est une union naturelle, et ces terres font véritablement partie de l'héritage auquel la servitude est due.

Si, néanmoins, j'ai un droit de prise d'eau, il dépend de moi de faire de cette eau l'usage qu'il me plaît, et même de la concéder, à titre de Servitude, à mon voisin, quand elle est une fois venue sur mon héritage, pourvu que je n'en prenne que la quantité dont j'ai besoin, ou celle qui m'est accordée par le titre de la Servitude. C'est le résultat de la loi 16, D. *de aquâ quotidianâ æstivâ.*

[[IX. Quel est, par rapport à l'exercice de la Servitude, l'effet de la division qui se fait du fonds dominant en plusieurs portions?

L'art. 700 du Code civil prévoit et règle ce cas : « Si l'héritage pour lequel la Servitude a » été établie, vient à être divisé, la Servitude » reste due pour chaque portion, sans néan» moins que la condition du fonds assujéti soit » aggravée. Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'un » droit de passage, tous les co-propriétaires » seront obligés de l'exercer par le même en» droit ».]]

§. XXX. *De l'extinction des Servitudes en général.*

On peut consulter sur les différentes manières dont les servitudes s'éteignent dans le droit romain, la partie 8 du traité de Davezan. Il suffira d'indiquer ici celles de ces manières qui sont en usage parmi nous, tant en pays de droit écrit qu'en pays coutumier.

On peut en compter neuf principales : ce sont

1° La résolution du droit de celui qui a établi la Servitude;

2° La résolution du droit de celui à qui elle était due;

3° La ruine de la chose qui doit la Servitude;

4° Celle de la chose à laquelle elle est due;

5° L'abandon de la chose qui doit la Servitude;

6° La renonciation volontaire de celui à qui la Servitude est due,

7° Le décret forcé,

8° La confusion,

9° La prescription.

On traitera séparément de ces trois derniers moyens d'éteindre la Servitude, dans les trois paragraphes suivans. On va dire ici quelque chose des six autres, qui exigent moins de détails.

I *La résolution du droit de celui qui a établi la Servitude*, la fait cesser, lorsque cette résolution arrive par une cause ancienne et antérieure à l'établissement de la servitude; car personne ne peut accorder plus de droit à autrui sur son héritage, qu'il n'y en a lui-même. Ainsi, les servitudes établies par celui qui n'avait acquis l'héritage asservi que sous la faculté de reméré, s'éteignent de plein droit, si le vendeur fait usage de cette faculté.

Il faut décider le contraire dans le cas du déguerpissement, parcequ'il ne se fait point en vertu d'une cause ancienne et nécessaire. Telle est la décision de Loyseau, dans son *Traité du déguerpissement*, liv. 6 chap. 3, n° 3. C'est mal à propos que Lalaure, liv. 1, chap. 12, lui fait faire le contraire.

[[*V.* ci-devant, §. 10, et les articles *Déguerpissement* et *Résolution.*]]

II. *La résolution du droit de celui à qui la Servitude est due*, la fait éteindre dans plusieurs cas. Cela a lieu surtout lorsque la Servitude n'a été établie que pour un certain temps, ou jusqu'à tel événement; car ces modifications peuvent être mises aux Servitudes; et on les tolérait à Rome même, quoiqu'elles fussent opposées aux principes rigoureux du droit.

On peut rapporter encore ici l'extinction des Servitudes personnelles par la mort de celui à qui elles étaient dues. *V.* au surplus le §. 11.

III. *La ruine de la chose qui doit la Servitude*, la fait aussi cesser de plein droit. [[« Les Servitudes cessent (dit l'art. 703 du » Code civil) lorsque les choses se trouvent » en tel état qu'on ne peut plus en user ».]]

Mais la Servitude renaîtrait, si la chose qui devait la Servitude, était rétablie. Ainsi, lorsque le pré sur lequel j'avais un droit de pacage, est desséché, après avoir été longtemps inondé, lorsqu'une source où j'avais le droit de puisage, reparaît, après avoir été tarie pendant quelques années, ma Servitude

est rétablie de plein droit. Si néanmoins la chose qui doit la Servitude, était ruinée durant un espace de temps suffisant pour opérer la prescription, il serait plus prudent de former contre le propriétaire de l'héritage asservi, une demande en renouvellement du titre. C'est l'avis de Despeisses, de Bourjon, et de Lalaure d'après eux, liv. 1, chap. 12, dist. 4.

[[Cette opinion est érigée en loi par l'art. 704 du Code civil. « Les Servitudes (y est-il » dit) revivent, si les choses sont rétablies de » manière qu'on puisse en user; à moins qu'il » ne se soit déjà écoulé un espace de temps » suffisant pour faire présumer l'extinction de » la Servitude, ainsi qu'il est dit à l'art. 707 ».]]

La précaution conseillée par Despeisses, Bourjon et Lalaure, serait inutile, s'il n'y avait qu'une partie du fonds d'inondée, parcequ'en exerçant la Servitude sur la partie qui subsisterait, on la conserverait sur la totalité.

Lorsqu'une maison dont on a l'usufruit, est ruinée ou incendiée, le droit d'usufruit ne revit point par la reconstruction de cette maison. On donne communément des raisons assez faibles de cette décision des lois romaines; la véritable est que l'usufruit d'une maison a plus pour objet l'édifice tel qu'il était, que le sol même. *V.* l'article *Usufruit*.

IV. *La ruine de la chose à laquelle la Servitude est due*, produit à-peu-près le même effet. Lorsque la chose peut être rétablie, la Servitude est plutôt suspendue qu'elle n'est éteinte; et elle continue après le rétablissement, pourvu néanmoins qu'il ne soit pas fait de manière à rendre la Servitude plus dure qu'elle n'était auparavant. C'est la décision de la loi 20, §. 2 et 4, D. *de Servitutibus prædiorum urbanorum*. Mais c'est dans ce cas surtout qu'il est important de faire renouveler le titre de la Servitude, pour la conserver, si le fonds auquel elle est due restait dans un état qui ne permit pas de l'exercer durant le temps suffisant pour acquérir la prescription, puisqu'on pourrait reprocher au propriétaire de n'avoir pas fait rétablir son fonds pendant un aussi long espace de temps. [[*V.* ci-devant, n° 3,]]

V. *L'abandon de la chose sujette à la Servitude*, l'éteint de plein droit, quelle qu'en soit la nature. Si l'on ne cite ordinairement, sur cette espèce de libération, que la Servitude *oneris ferendi*, c'est que les lois romaines n'ont parlé que de ce cas-là, qui était d'un usage assez fréquent à Rome, où le propriétaire de l'héritage asservi avait souvent contracté l'obligation d'entretenir et de construire, en cas de besoin, le mur ou le pilier qui soutenait l'édifice de son voisin. [[*V.* l'art. 699 du Code civil, rapporté ci-devant, §. 29, n° 6.]]

VI. *La remise de la Servitude* faite par le propriétaire du fonds dominant, éteint la Servitude, lorsque ce propriétaire a le droit de disposer de ses immeubles.

La remise peut être expresse ou tacite. Cette dernière a lieu, lorsque le propriétaire du fonds dominant permet au propriétaire du fonds servant quelque chose qui est contraire à la Servitude: par exemple, s'il lui permet d'exhausser sa maison, quoiqu'elle soit assujétie à la Servitude de ne pouvoir être élevée. Mais comme personne n'est présumé facilement renoncer à ses droits, il faut que le fait permis par le voisin, soit bien directement contraire à l'essence de la Servitude établie, pour qu'on puisse en présumer la remise totale. Ainsi, en suivant l'exemple dont on vient de parler, lorsque je permets à mon voisin d'élever son bâtiment d'une ou deux toises de plus, la Servitude subsiste toujours pour la hauteur qui est au-delà de cette élévation.

Lorsqu'une Servitude réelle appartient à plusieurs propriétaires, il faut que la remise soit faite par tous, pour que la Servitude soit éteinte: car la Servitude est communément un droit indivisible, qui ne peut s'éteindre ni s'acquérir pour partie (loi 34, D *de Servitutibus rusticorum prædiorum*). Mais, quoique la remise faite par l'un des co-propriétaires, n'éteigne pas la Servitude, elle a du moins cet effet, qu'elle le rend, lui et ses héritiers, non-recevables à réclamer ce droit.

On a vu au surplus, dans le §. 1, que le principe de l'indivisibilité des Servitudes n'est pas sans exception.

§. XXXI. *De l'extinction des Servitudes par décret.*

I. La loi 23, §. 2, D. *de Servitutibus prædiorum rusticorum*, dit que, si l'héritage servant ou l'héritage dominant sont vendus par autorité de justice, *publicantur*, les Servitudes subsistent dans les deux cas, parceque chaque héritage est adjugé tel qu'il se comporte, *cùm sud conditione*.

La partie de cette loi qui est relative à la vente du domaine servant, ne s'observe plus dans tous les cas parmi nous.

L'art. 12 de l'édit de 1551, sur les criées, dit au contraire « que tous héritages criés se- » ront adjugés à la charge des droits et devoirs » seigneuriaux, frais et mises desdites criées,

» et *des charges réelles et foncières* qui se» ront contenues ès jugemens de discussion »; d'où il suit que *les charges réelles et foncières*, et par conséquent les Servitudes, pour lesquelles on n'aura pas formé d'opposition, seront purgées par le décret.

La jurisprudence a néanmoins fait une exception très-considérable en faveur des Servitudes visibles et apparentes, telles que sont les vues et égoûts : quoiqu'on ne se soit point opposé pour ces sortes de Servitudes, le décret ne les purge point, parceque leur évidence a mis l'adjudicataire à portée de ne pas les ignorer. C'est ce qu'établissent Lalaure, liv. 1, chap. 12; Goujet, *Traité des criées*, part. 2, chap. 4, n° 83; Louet et Brodeau, lettre S, §. 1; d'Héricourt, *Traité des ventes par décret*, chap. 9, n° 13; Auzanet, dans ses *Mémoires*, folios 3 et 4; les arrêtés de Lamoignon, titre *des Servitudes*; Leprêtre, cent. 1, chap. 62; Theveneau, sur les ordonnances, liv. 6, tit. 4, art. 9; les commentateurs de la coutume de Paris, sur l'art. 355; Legrand, sur celle de Troyes, art. 63, gl. 1, n° 40; Lalande, sur l'art. 480 de celle d'Orléans; Valin, sur celle de la Rochelle, art. 19, n° 70 et 71.

L'arrêt du 6 mai 1587, rapporté par Mornac et Chopin, à l'appui de cette doctrine, a été rendu pour servir de réglement; mais la nécessité de s'opposer pour les Servitudes non visibles, est si certaine, que Brodeau, sur Louet, cite un arrêt du mois d'août 1621, qui a jugé que la moitié d'une maison sujette à un droit de passage, ayant été décrétée sans opposition, le droit entier de la Servitude était perdu, quoique l'autre moitié eût été adjugée à titre de licitation.

D'Héricourt et la plupart des auteurs qu'on vient de citer, confondent les Servitudes discontinues avec les Servitudes non visibles; mais on a fait voir, dans les §. 7 et 8, qu'elles doivent être distinguées; et il est sensible, par exemple, qu'un droit de passage dans une cour ou dans un autre fonds, qui serait indiqué par une porte à la maison voisine, ne serait point purgé par le décret, parce que c'est une Servitude visible, quoique discontinue.

Thibaut rapporte, dans son *Traité des criées et décrets*, tome 1, chap. 8, §. 3, n° 12, un arrêt du parlement de Dijon, qui l'a ainsi jugé le 21 janvier 1706, en faveur des religieux du Mont-Cénis.

On trouve dans le recueil de Bouguier, lettre S, §. 3, un autre arrêt du parlement de Paris, par lequel il a été jugé qu'un décret n'avait point dépouillé le voisin d'une cave acquise sous la maison décrétée, vingt-cinq ans avant le décret, quoique le voisin ne s'y fût pas opposé. Mais il est clair que cette cave était moins une Servitude qu'un droit de propriété, pour la conservation duquel il n'était pas besoin d'opposition, dès que la propriété n'en était pas comprise nommément dans les criées. C'est la remarque de Bourjon, liv. 4, tit. 1, chap. 1, sect. 2 et 3.

Lathaumassière, sur l'art 2 du titre 12 de la coutume de Berri, et Lalaure d'après lui, observent qu'il n'est nécessaire de former opposition au décret pour la conservation des Servitudes cachées, que lorsque le décret n'en fait pas mention. Lorsque les Servitudes sont spécifiquement exprimées dans la saisie, les criées et l'adjudication, il est clair que cette opposition serait inutile; puisqu'elle ne pourrait avoir d'autre objet que la conservation de ces mêmes charges, que l'adjudication conserverait.

II. Le décret volontaire ne purge point la propriété. Ce principe, qu'on révoquait en doute autrefois, est généralement avoué aujourd'hui. Il ne purge pas même les Servitudes, suivant Saligny sur l'art. 135 de la coutume de Vitry, Lecamus sur l'art. 216 de la coutume de Paris, et Lalaure, liv. 1, chap. 12. Il n'a pour objet que de purger les hypothèques et priviléges des créanciers du saisi.

Il faut néanmoins observer que Lalaure cite mal à propos pour cette opinion, Bourjon, tome 1, tit. 1, des *Servitudes*, sect. 2, art. 12.

L'article même cité par Lalaure, annonce le contraire. Bourjon y dit que celui qui a acquis par décret, à la charge d'une Servitude, ou qui en a eu connaissance par la remise des titres qu'on lui a faite, ne s'en affranchit pas *par un décret volontaire*. Bourjon, dans sa note sur cet article, cite même un jugement du châtelet, rendu pour le sieur Parrot, son client, contre le sieur Prangin, qui avait pour lui un décret volontaire, mais dont le contrat portait qu'on lui avait remis *en blanc* tant de pièces. Ce blanc n'avait pas été rempli, « *et* » *cette négligence*, assez ordinaire aux no» taires (dit Bourjon), *fut jugée suffisante* » *pour rendre, quant à ce, son décret inef*» *cace*; la présomption étant que le titre de la » Servitude lui avait été remis au nombre de » ceux qu'il ayait négligé de faire constater ».

On voit que c'est bien là supposer que le décret volontaire purgeait les Servitudes cachées dans les cas ordinaires.

Quoi qu'il en soit, il est bien certain que les lettres de ratification ne purgent point les Servitudes. L'art. 7 de l'édit de juin 1771

ne parle que des hypothèques et priviléges.

III. La jurisprudence du parlement de Paris, sur la nécessité de l'opposition aux décrets forcés, afin de conserver les Servitudes non visibles, est admise dans les autres parlemens, soit des pays coutumiers, soit des pays de droit écrit, malgré la décision contraire du droit romain. On peut consulter à cet égard le recueil des arrêts du parlement de Bretagne, par Devolant, part. 2, chap. 25; Perchambault, §. 3, du tit. 4 *des oppositions*, sur la même coutume; Bouvot, *questions notables du parlement de Dijon*, quest. 1 et 6; et Fromental, dans ses *décisions*, au mot *Servitudes*.

Cependant plusieurs auteurs assurent que, pour conserver les Servitudes occultes en Normandie, il n'est pas nécessaire de former opposition au décret, parceque, dans cette province, il ne purge que les droits et actions hypothécaires. C'est la décision de Basnage, sur l'art. 578, et de Pesnelle, sur les art. 546 et 607 de la coutume de Normandie; mais ce dernier auteur convient qu'on est assez dans l'usage de former des oppositions.

[[IV. Aujourd'hui, dans toutes les parties de la France, on suit la loi 23, §. 2, D. *de Servitutibus prædiorum rusticorum*, dont le principe a été remis en vigueur, d'abord, par l'art. 25 de la deuxième loi du 11 brumaire an 7, ensuite par l'art. 731 du Code de procédure civile. *V.* l'article *Saisie immobilière*, §. 7.]]

§. XXXII. *De l'extinction des Servitudes par la confusion.*

Les Servitudes s'éteignent par la confusion, lorsque l'héritage servant et l'héritage dominant viennent dans les mains du même maître. [[« Toute Servitude (dit l'art. 705 du » Code civil) est éteinte, lorsque le fonds à qui » elle est due, et celui qui la doit, sont réunis » dans la même main ».]]

Car, bien que l'héritage qui avait le droit de Servitude, continue de tirer de l'autre la même commodité qu'il avait auparavant, ce n'est plus droit de Servitude, dit Pothier (1), c'est destination du père de famille.

Si le propriétaire de l'un des héritages n'acquérait l'autre que pour partie, la Servitude ne serait pas éteinte. Davezan, qui le décide ainsi d'après les lois romaines, part. 8 de son traité, pages 328 et 329, en donne pour raison, qu'on ne peut pas dire proprement qu'une Servitude soit commune, quoique le fonds auquel elle est due, soit commun. On peut dire au contraire, que la Servitude subsiste, parce qu'elle est commune, et qu'il ne dépend pas d'un co-propriétaire d'empirer la condition de l'autre, en éteignant une Servitude qui a été établie pour l'utilité commune. Lors, au contraire, que les co-propriétaires de l'un des héritages servant et dominant achètent l'autre, la confusion a lieu de plein droit, comme le décident, avec les lois romaines, Mathieu, *disput.* 7, n° 17; Supérior, sur la loi 2, n° 7, Lalaure, liv. 1, chap. 12, dist. 1. Mais si le fonds que nous acquérons en commun, devait une Servitude à votre fonds et au mien, l'acquisition n'éteindrait ni l'une ni l'autre de ces Servitudes, parce que nos droits particuliers sont distincts de nos droits communs. *V.* la loi 27, D. *de Servitutibus prædiorum rusticorum*, et Lalaure *ibid.* Rien n'empêche néanmoins, dans ce cas, que nous ne convenions de l'extinction des Servitudes, sans nous occuper des subtilités du droit romain sur cette matière qui ont tant embarrassé Supérior.

Lorsque je n'acquiers la propriété de l'un des deux héritages que sous une condition résolutive, l'événement de la condition résoud la confusion même, parce qu'en vertu de la résolution, je ne suis plus censé avoir été propriétaire de l'un et de l'autre. Ainsi, lorsque j'ai acquis l'héritage servant sous la clause de réméré, l'exercice du réméré fait revivre ma Servitude, qui était plutôt suspendue qu'éteinte dans ce cas. Il en est de même si j'en suis évincé à titre de retrait, soit féodal, soit lignager, ou quand je suis forcé de déguerpir ou de délaisser l'une des deux maisons par hypothèque. Ainsi encore, lorsque j'ai recueilli l'héritage servant dans une succession, à charge d'en faire la délivrance à un légataire, quoique le legs n'empêche pas que je ne sois saisi de l'hérédité au moment du décès du testateur, je conserverai la Servitude après la délivrance du legs.

La même décision aurait lieu dans le cas inverse; et le légataire pourrait obliger l'héritier à consentir au rétablissement de la Servitude qui était imposée sur le patrimoine de l'héritier au profit de l'héritage légué.

Lalaure dit que, si la délivrance de la chose léguée se faisait, sans parler de la Servitude due par l'héritage légué, ou par celui de l'héritier, la Servitude se trouverait éteinte.

Mais ce serait tendre des pièges à la bonne foi, que d'admettre une pareille décision. Le légataire qui recueille le legs d'une maison, peut n'être pas instruit des Servitudes qui y

(1) *Introduction au titre des Servitudes de la coutume d'Orléans*, n° 14.

sont attachées, et cette ignorance peut se rencontrer quelquefois dans l'héritier même. La délivrance du legs est censée d'ailleurs être faite dans l'état où l'héritage se trouvait au temps du décès du testateur, et la suppression de la Servitude changerait cet état. Il y a donc lieu de croire que, si l'on refusait de laisser subsister les choses dans leur premier état, la partie lésée, en prenant, en tant que de besoin, des lettres de rescision contre la délivrance ou l'acceptation pure et simple du legs, serait autorisée à demander le rétablissement de la Servitude. On peut citer à cette occasion l'arrêt du 5 juillet 1756, qu'on a rapporté dans le §. 13. Loyseau, liv. 6, chap. 4, du *Traité du déguerpissement*, et Pothier, n° 365 du *Traité du bail à rente*, le décident ainsi dans le cas où le propriétaire de deux maisons en déguerpit une, lors même que le déguerpissement est volontaire de sa part, et pour se libérer des charges auxquelles il s'était soumis.

Mornac, sur la loi 9, D. *communia servitutum*, et Raviot dans ses observations sur la question 279 de Perrier disent aussi que la Servitude éteinte par l'adition d'hérédité, renaît par la vente universelle de l'hérédité. Cela est fort juste; car la vente d'une succession comprend tout ce qui en provient, et rien au-delà.

Lalaure est, à la vérité, d'un avis opposé, liv. 1 chap. 12, dist. 1. Il prétend que la loi 9, D. *communia servitutum*, donne une décision contraire à celle que ces deux auteurs lui ont attribuée; mais Lalaure même n'a pas bien entendu cette loi.

Voici le texte : *Si ei cujus prædium mihi serviebat heres extiti et eam hereditatem tibi vendidi, restitui in pristinum statum Servitus debet, quia id agitur ut quasi tu heres videaris extitisse.* « Cette loi (dit Lalaure) établit que l'héritier qui vend l'héré» dité, doit rétablir la Servitude, s'il veut la » conserver. Car si le législateur eût entendu » la faire renaître, au lieu de se servir de ces » termes, *Servitus restitui debet*, il se serait exprimé ainsi, *Servitus restituitur* ».

Mais il est bien manifeste que la loi ne dirait pas que la Servitude doit être rétablie lorsque la vente a été faite, si la vente de l'hérédité l'eût détruite; la raison qu'elle donne, prouve assez que, sans le rétablissement de la Servitude, la vente de l'hérédité ne serait pas complète : *emptor non quasi heres videretur extitisse.*

Lors au contraire que l'héritier, ou tout autre propriétaire de deux héritages, vend volontairement celui qui était asservi à l'autre, il est certain que la Servitude ne renaît point, si l'acte d'aliénation ne l'exprime pas.

On trouve dans le recueil d'Olive, chap. 19, un arrêt du parlement de Toulouse du 19 février 1621, qui l'a ainsi jugé.

Brodeau, sur Louet, en rapporte de semblables du parlement de Paris. Il faut avouer néanmoins qu'il y a une espèce de contradiction dans ce que dit ce dernier auteur à cet égard.

Si la succession n'a été recueillie que sous bénéfice d'inventaire, comme elle forme un patrimoine distinct de celui de l'héritier, il n'est pas douteux que les Servitudes que ces deux patrimoines pouvaient avoir l'un sur l'autre, ne subsistent en quelque sorte, malgré la réunion dans la même main; et que si l'héritier est forcé d'abandonner ou de laisser vendre les biens de la succession sur les poursuites des créanciers, elles reprennent leur premier état : c'est la décision de Mathæus, *disput.* 7, n° 16.

§. XXXIII. *De l'extinction des Servitudes par la prescription.*

I. La prescription qui tend à libérer des Servitudes, est beaucoup plus favorable dans notre droit français, que celle qui tend à les faire acquérir. Il n'y a, à cet égard, que des différences peu considérables entre les pays de droit écrit et les pays coutumiers, et dans les différentes coutumes entre elles.

Il est certain que toutes les Servitudes s'effacent par la prescription; mais il faut faire une distinction entre les Servitudes affirmatives, qui consistent à laisser faire quelque chose dans l'héritage servant, et les Servitudes négatives, qui obligent seulement le propriétaire de l'héritage servant à s'abstenir de quelque chose.

II. Les Servitudes affirmatives s'éteignent *non utendo*, sans aucun fait de la part du propriétaire de l'héritage servant, et par cela seul que le propriétaire de l'héritage dominant, ni personne de sa part, n'a usé, pendant le temps nécessaire, de son droit de Servitude.

Mais lorsque les Servitudes affirmatives consistent dans un ouvrage permanent sur le fonds du voisin, elles ne se prescrivent pas, tant qu'il subsiste des traces de cet ouvrage; et ainsi, les simples trous faits dans le mur du voisin pour y placer des poutres et solives, conservent le droit de cette Servitude.

[[« Un arrêt du parlement de Pau, du 21 » juillet 1751, a jugé en faveur du sieur Salha» rits contre le maître d'Aldas d'Ustarits, » qu'un droit de passage acquis par titre, n'é» tait point perdu par le non usage, parceque » les barrières servant au passage, avaient

» toujours demeuré sans clef ni serrure. Le » passage n'avait pas été stipulé par le sieur » Salharits pour lui-même, mais pour ceux » qui voudraient porter des grains dans son » moulin pour les faire moudre ». (*Recueils » manuscrits des anciens avocats du parle- » ment de Pau.*)]]

Quant aux Servitudes négatives, il faut que ceux qui les doivent, en acquièrent la liberté par quelque fait de leur part : par exemple, dans la Servitude *altiùs non tollendi*, le temps de la prescription ne court que du jour où la maison asservie a été exhaussée plus haut que la Servitude ne le permettait. Les commentateurs de la coutume de Normandie citent un arrêt du parlement de Rouen, qui l'a ainsi jugé pour un droit de Servitude de ne pouvoir bâtir d'écurie, réservée plus de 100 ans auparavant, quoique ce fût un tiers-acquéreur de la maison asservie qui avait fait bâtir l'écurie.

La plupart des auteurs attribuent aux Servitudes rurales indistinctement, ce qu'on vient de dire sur les Servitudes affirmatives, et aux Servitudes urbaines, ce qu'on a dit sur les Servitudes négatives, parceque effectivement la plupart des Servitudes rurales sont affirmatives, et consistent à faire quelque chose, tandis que la plupart des Servitudes urbaines sont négatives. Cette règle peut néanmoins recevoir des exceptions ; voyez les §. 6 et 7 : aussi a-t-elle été rejetée par Ferrière et Lalande. La distinction qu'on a suivie ici, est celle que Domat a aussi adoptée, liv. 1, tit. 12, sect. 1, n° 6.

Lemaître, sur la coutume de Paris, tit. 9, chap. 3, et Bourjon, liv. 4, tit. 1, chap. 1, n°s 7 et 8, s'expriment de la manière la plus inexacte, en disant que les Servitudes dont l'usage est continuel, se prescrivent du jour où l'on a cessé d'en jouir ; et « qu'à l'égard de celles » dont l'usage n'est pas continuel, par exem- » ple, le droit d'empêcher son voisin d'élever » son bâtiment plus haut qu'une certaine hau- » teur, celui d'ouvrir des vues, la prescription » ne commence à courir que du jour où il y a » jouissance et possession contraires au titre » de la Servitude ».

Les Servitudes que ces auteurs appellent discontinues, sont évidemment des Servitudes continues ; et comme, parmi les Servitudes continues, il y en a d'affirmatives et de négatives, la règle qu'ils proposent, ne peut qu'induire en erreur dans tous les sens.

III. La loi 8, §. 1, D. *quemadmodùm Servitutes amittantur*, porte que « celui qui a un » droit de chemin sur un champ, le conserve en » entier par l'usage qu'il fait d'une partie de ce » chemin » ; mais cette décision, comme bien d'autres, doit être plus ou moins suivie selon les circonstances.

La loi 17, D *de servitutibus*, dit que, lorsque le propriétaire de l'héritage dominant n'a fait que ce qui est l'accessoire de la Servitude, il n'est pas censé avoir usé de son droit : par exemple, si celui qui avait le droit de puiser de l'eau à mon puits, à passé souvent sur mon héritage, et est venu jusqu'à mon puits sans y avoir puissé de l'eau depuis trente ans, il est censé n'avoir pas usé de la Servitude ; et il a perdu l'usage de puiser de l'eau, sans même conserver celui de passer sur mon héritage, qui n'en était que l'accessoire. Mais quoique tous les auteurs aient adopté cette décision, on pourrait y faire de fortes objections, surtout dans les pays où les Servitudes s'acquièrent par prescription.

Il en est de même de ce que disent les lois 10, §. 1 et 18, D. *de Servitutibus*, que celui à qui la Servitude est due, n'est pas censé en avoir usé, s'il a fait autre chose sur l'héritage servant que ce qu'elle lui donnait droit de faire, ou s'il l'a fait à d'autres heures que celles auxquelles il avait droit de le faire. Lalaure, liv. 1, chap. 12, cite un jugement conforme, rendu au bailliage d'Orléans. Il paraît plus juste de présumer, après un tel laps de temps, un changement dans la volonté des parties sur la manière d'user de la Servitude ; et ce serait bien étendre le principe de l'imprescriptibilité des Servitudes, que de l'appliquer à toutes les conditions et modifications de ces droits.

Aussi la loi 5, §. 1, D. *de aquâ quotidiand et æstivâ*, décide-t-elle que la Servitude n'est pas perdue, lorsque deux particuliers qui avaient le droit de puisage à différentes heures, échangent l'un avec l'autre l'heure qui leur avait été fixée.

[[« Un arrêt du parlement de Pau, du 17 novembre 1706, a décidé, entre Pierre Lacourtiade et Jacques Laborde de Montpezat, 1° que la Servitude de passage se perd par le non usage pendant dix ans entre présens ; 2° qu'elle ne se conserve point par le passage sur un autre fonds appartenant au même propriétaire que le fonds asservi.

» Jacques Laborde de Montpezat avait un droit de passage sur le fonds de Pierre Lacourtiade. Il n'en usa point durant ving-cinq ans, pendant lesquels il passa par une autre pièce de terre appartenant à Lacourtiade. Il fut jugé qu'il avait perdu sa Servitude sur la terre asservie, par le non usage de dix ans, et qu'il n'en avait pas acquis sur l'autre, vu qu'il ne le pouvait que par une

» possession immémoriale ». (*Recueils manuscrits des anciens avocats au parlement de Pau*).]]

IV. Quoique les Servitudes soient généralement indivisibles pour la libération comme pour l'acquisition, il y a néanmoins des cas où cette libération peut être prescrite en partie; voyez en un exemple. §. 2.

On peut aussi prescrire contre l'usage des Servitudes pour une certaine partie du jour seulement; c'est la décision des lois romaines.

V. Le droit romain n'a établi aucune différence entre la libération des Servitudes et celle des autres droits par la prescription. Il suit de là qu'elles peuvent être éteintes par la prescription de dix ans entre présens, et de vingt ans entre absens avec un titre (1), et par trente ans sans titre, dans tous les pays qui admettent ces sortes de prescriptions.

C'est la décision de Mathæus, *disput.* 7, et de Lemaître, sur le tit. 9, chap. 3, de la coutume de Paris, quoique l'art. 186 dise que *la liberté peut se réacquérir contre le titre de la Servitude par trente ans entre âgés et non privilégiés.*

Mais on doit suivre, à cet égard, les modifications que la jurisprudence de chaque parlement peut avoir apportées aux décisions du droit romain. Ainsi, dans le ressort du parlement de Grenoble, les Servitudes, comme tout autre droit, ne peuvent être éteintes que par la prescription trentenaire. Il en est de même du parlement de Besançon. *V.* le §. 22, art. 2 et 5.

Lorsque les coutumes ne se sont point expliquées sur le temps de la prescription des Servitudes en particulier, il paraît naturel d'y suivre celui qui y est déterminé pour la prescription en général.

Cependant Lalaure, liv. 3, chap. 14, veut qu'on se règle, pour fixer ce temps, sur celui que les coutumes ont déterminé pour l'acquisition des Servitudes par prescription, lorsqu'elles ont des dispositions à ce sujet. Il pense donc que, dans les coutumes qui n'exigent que dix et vingt ans de possession, telles que celles de Metz, on peut s'en libérer par le même espace de temps: et aussi que, lorsque les coutumes exigent un plus long terme pour acquérir, comme dans la coutume d'Amiens, « le non usage d'une Servitude pendant trente ans, n'est pas suffisant pour en » procurer la libération à celui qui la doit, » parcequ'elle ne peut être acquise qu'au bout » de quarante ans ». Il décide la même chose pour la coutume d'Assenède, qui exige cinquante ans pour l'acquisition des Servitudes discontinues.

Cette décision ne porte sur aucun fondement raisonnable. Les motifs de défaveur qui ont déterminé les coutumes à prolonger, pour l'acquisition des Servitudes, le temps ordinaire de la prescription, ne peuvent pas être appliqués à la libération de ces droits; ou plutôt on peut dire que ces motifs de défaveur doivent empêcher qu'on ne prolonge ce temps pour la prescription contre les Servitudes. En suivant le système de Lalaure, on devrait dire que la libération des Servitudes est imprescriptible dans les pays qui en rejettent l'établissement sans titre, et qui n'ont pas de disposition sur la prescription des Servitudes. Ce n'est pas là seulement détourner les lois de leur but, c'est les diriger contre leur objet même.

VI. Plusieurs lois romaines décident que, lorsque la Servitude est établie pour n'être exercée que de mois en mois ou d'année en année, on doit doubler le temps de la prescription.

Quelques auteurs ont douté si cela devait s'entendre uniquement de la prescription de dix ans, ou de toutes les prescriptions. Cæpolla, chap. 24, ne fait pas de difficulté d'étendre cette règle à la prescription de vingt ans. Ce sentiment est le plus conforme au texte des lois qui ne font aucune distinction.

[[Il y a ici deux erreurs graves. D'abord, Cæpolla dit précisément tout le contraire de ce que lui prête l'auteur de cet article; et c'est ce que je prouverai, dans un instant, par ses propres termes.

Ensuite, pour nous convaincre que la prescription de vingt ans n'est pas comprise dans les textes du droit romain auquel l'auteur de cet article fait allusion, il suffit de nous reporter à la loi 14, C. *de Servitutibus et aquâ.*

Un particulier qui possédait un bois dans lequel il n'avait besoin de se rendre qu'un seul jour de cinq ans en cinq ans, pour en couper et en emporter le taillis, avait acquis, pour cet effet, un droit de passage sur un fonds attenant à ce bois; et il s'était expressément obligé de n'exercer ce droit que tous les cinq ans, et pendant un seul jour.

Dix années successives s'écoulèrent sans qu'il passât sur le fonds qui y conduisait. Ques-

(1) [[Où l'auteur de cet article a-t-il pris que le droit romain exigeât un *titre* pour la libération des Servitudes réelles par la prescription de dix ou vingt ans? Que l'on médite bien les lois 13 et 14, C. *de Servitutibus et aquâ*; et l'on demeurera intimement convaincu que c'est là une grosse erreur.]]

tion de savoir si, par là, il avait perdu son droit de passage ?

Cette question se présenta d'abord à une époque où les Servitudes se perdaient par deux années seulement de non-usage; et les jurisconsultes de la secte des Sabiniens décidèrent que le droit de passage était prescrit, parceque chacun des jours où il eût pu être exercé dans chaque intervalle de cinq années, devait être compté pour un an.

Lorsque cette question fut proposée à l'empereur Justinien, il avait déjà abrogé par la loi 13 du titre cité, l'ancienne règle qui éteignait les Servitudes, par le seul non-usage pendant deux années, et voulu que désormais elles ne se prescrivissent plus que par dix ans entre présens, et vingt ans entre absens.

Que fit-il en conséquence ? Il décida que, dans l'espèce dont il s'agissait, la prescription ne pouvait être encourue que par le laps de quatre intervalles successifs de cinq ans, c'est-à-dire, par l'espace de vingt années, sans que, pendant tout ce temps, celui à qui était dû le droit de passage, en eût usé un seul jour.

Et l'on prétendrait inférer de là que, pour la prescription d'une Servitude qui est de nature à ne s'exercer que par intervalles, il faut toujours doubler le temps de la prescription ordinaire ! Ce serait manifestement heurter de front le texte même de la loi dont il s'agit.

En effet, la prescription ordinaire dans le droit romain ne s'acquérait pas précisément par dix ans; elle ne s'acquérait pas ce terme qu'entre présens; et entre absens, il n'y avait d'autre prescription ordinaire que celle de vingt ans.

Or, par la loi citée, Justinien ne veut pas qu'on double la prescription ordinaire, lorsque, par l'effet de l'absence des parties, elle est portée à vingt ans; il n'en ordonne le doublement que dans le cas où elle s'acquiert par dix ans, c'est-à-dire, lorsque les parties sont présentes. Cette loi n'est donc, relativement à la prescription de dix ans, qu'une exception à la règle générale que toute Servitude se perd par la prescription ordinaire, quoiqu'elle soit de nature à ne s'exercer que par intervalles. Elle maintient donc cette règle par rapport à la prescription de vingt ans, n'importe que les parties soient absentes ou non.

C'est ce qu'enseignent la glose et tous les docteurs sur cette loi. *Respondent* (dit Brunneman, sur le Code Justinien, liv. 3, tit. 34, loi dernière, n° 7) *hanc legem quæ mandat tempus duplicari, intelligi debere respectu longi temporis decem annorum, non respectu viginti annorum qui sunt à lege duplicati et causam non esse cur iterùm duplicentur.*

Voët établit la même chose sur le Digeste, liv. 8, tit. 7, n° 7; et il se fonde spécialement sur ce qu'après avoir exigé par la loi 13, C. *de Servitutibus et aquâ*, dix ans entre présens et vingt ans entre absens pour prescrire la libération d'une Servitude, Justinien se borne, dans la loi suivante, à dire, sans distinction entre les présens et les absens, que, lorsqu'il s'agit d'une Servitude dont l'exercice ne revient qu'une fois tous les cinq ans, la non-jouissance prolongée pendant vingt années successives, suffit pour l'éteindre.

A la vérité, Cæpolla, dans son traité *de Servitutibus*, part. 2, chap. 24, n° 5, cite quelques anciens interprètes qui pensent autrement; mais il en cite un bien plus grand nombre, suivis depuis par Brunneman et Voët, qui enseignent que le doublement de la prescription ordinaire n'est commandé par la loi romaine dont il est ici question, que pour les cas où la prescription s'acquiert par dix ans; et il en donne cette raison : *quia cùm vicennium sit tempus à lege duplicatum, non debet ulteriùs duplicari, ne fiat duplicatio duplicationis.*]]

Au surplus, comme la prescription trentenaire ne distingue point entre présens ou absens, il paraît conforme à l'esprit des lois de ne point doubler le temps de cette dernière espèce de prescription, quoique Ferrière n'ait pas fait difficulté d'exiger soixante ans dans ce cas là.

Lalaure, liv. 1, chap. 13, pense néanmoins qu'il faudrait trente et un ans, parceque, dit-il, le propriétaire de la Servitude n'ayant droit de jouir que de deux années l'une, il peut dire que la trentième et la trente et unième ne doivent être comptées que pour un an.

[[Mais on sent bien que ni cette opinion ni celle de Ferrière n'ont jamais dû être suivies.]]

VII. C'est un axiome de droit, que la prescription ne court pas contre celui qui ne peut agir; d'où il suit que celle des Servitudes n'a pas lieu, lorsqu'elles ne peuvent pas être exercées. La loi 18, §. 2, D. *quemadmodùm Servitutes amittantur*, décide, sur ce fondement, que, si mon voisin, après m'avoir accordé le droit d'appuyer mes poutres sur un bâtiment qu'il projette, ne construit pas son édifice, il ne peut pas m'opposer la prescription, quand bien même *le temps réglé pour l'acquérir* (1) se serait écoulé, parcequ'il ne peut

(1) La loi ne dit point *dix ans*, comme le fait Lalaure dans sa traduction, mais *le temps réglé*

pas m'opposer le non-usage d'une Servitude, quand il ne m'a pas mis à même d'en user.

La loi suivante ajoute qu'il en serait de même, si je laissais passer le temps nécessaire pour prescrire, sans faire le conduit d'un cours d'eau que j'aurais retenu sur un héritage, en le vendant; mais que, si j'avais établi le conduit de l'eau, sans en faire usage, mon droit serait prescrit.

Lalaure observe que la dernière partie de cette loi ne doit point être adoptée, tant que l'ouvrage fait pour la Servitude, subsistera sur le fonds qui y est sujet, et qu'elle est contraire à la loi 20, D. *Servitutibus prædiorum urbanorum*, qui dit que les trous qu'on a faits dans les murs pour y placer des poutres, conservent le droit de les y appuyer, lors même que les poutres n'y sont plus. Mais on peut critiquer avec plus de fondement encore la première partie de cette loi. Lorsque je néglige volontairement d'établir une Servitude dont j'ai le droit, je suis assurément bien dans le même cas que celui qui, après avoir commencé à user de son droit, le laisse prescrire par sa négligence. Je dois donc être sujet à la prescription comme lui.

VIII. Le titre récognitif de la Servitude que celui auquel elle est due, se ferait passer par celui qui la doit, empêche la prescription de courir, lors même qu'on n'en fait aucun usage. Il est très-utile de se faire donner ces reconnaissances, lorsqu'on est à portée de faire un fréquent usage des Servitudes affirmatives, afin de prévenir les contestations qu'on pourrait élever sur le fondement d'une prétendue prescription.

IX. La jouissance qu'on exerce par autrui de la Servitude, empêche la prescription de courir, comme si on eût joui soi-même. La Servitude est, à cet égard, dans le même cas que les autres biens. Mais comme elle est toujours ou presque toujours indivisible, relativement à l'héritage dominant, on ne peut pas opposer la prescription contre quelques-uns des co-propriétaires de cet héritage; seulement, dans le droit romain, où la prescription courait contre le mineur, mais où il avait le privilége de s'en faire restituer, le mineur relevait le majeur dans ce cas, suivant la loi 10, D. *quemadmodùm Servitutes amittantur*; et parmi nous, où la prescription n'a pas lieu contre les mineurs, celle des Servitudes ne court pas contre les majeurs qui ont un fonds commun avec lui.

[[X. Voici ce que règle, sur ces différens points, le Code civil :

« Art. 706. La Servitude est éteinte par le non usage pendant trente ans.

» 707. Les trente ans commencent à courir, selon les diverses espèces de Servitudes, ou du jour où l'on a cessé d'en jouir, lorsqu'il s'agit de Servitudes discontinues, ou du jour où il a été fait un acte contraire à la Servitude, lorsqu'il s'agit de Servitudes continues.

» 708. Le mode de la Servitude peut se prescrire comme la Servitude même, et de la même manière.

» 709. Si l'héritage en faveur duquel la Servitude est établie, appartient à plusieurs par indivis, la jouissance de l'un empêche la prescription à l'égard de tous.

» 710 Si, parmi les co-propriétaires, il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir, comme un mineur, il aura conservé le droit de tous les autres ».

XI. Lorsque le titre de la Servitude est rapporté par celui qui en réclame la jouissance, et que son adversaire prétend que cette Servitude est prescrite par le non-usage, est-ce au premier à faire preuve de la jouissance qu'il en a eue dans les derniers temps; ou bien la preuve du non-usage doit-elle tomber sur celui qui s'en fait un moyen de défense?

« La communauté de Campa prit, en 1328, titre de Servitude, sur une montagne du sieur vicomte d'Aste.

» En 1603, le vicomte d'Aste affièva cette même montagne à la communauté d'Aste. Celle-ci la dénombre et les habitans de Campa s'opposent en vertu du titre.

» Ceux d'Aste prétendent que la liberté est acquise par le non-usage. On demande la preuve de non-usage et de l'usage; question de savoir qui doit la faire.

» La commune d'Aste dit que son fait est négatif, et que la preuve de tels faits ne peut se faire régulièrement. D'ailleurs, le titre étant fort ancien, se trouve prescrit par lui-même, il faut donc prouver qu'on l'a entretenu.

» Les autres répliquent que la présomption est pour l'exécution des titres, parcequ'il n'est pas naturel que personne abandonne son droit.

» Arrêt du parlement de Pau, du 26 septembre 1742, qui, avant faire droit et sans couvrir, ordonne que les syndics d'Aste prou-

par les lois (tempore statuto); et il est clair que dix ans ne suffisent pas pour prescrire de la part de celui qui a constitué la Servitude.

veront que, depuis les quarante dernières années avant l'instance, les habitans de Campa n'ont point exploité aucunement; et ceux de Campa, le contraire, si bon leur semble; savoir qu'ils ont exploité depuis les quarante dernières années ledit droit, pendant le temps fixé à chaque année ». (*Recueils manuscrits des anciens avocats au parlement de Pau*).

Mais il faut bien se garder de prendre cet arrêt pour règle. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Usage* (*droit d'*), §. 9, n° 3.]]

§. XXXIV. *De la garantie des Servitudes et contre les Servitudes.*

Celles des Servitudes personnelles ou mixtes qui peuvent être aliénées par les propriétaires, sont sujettes à la même garantie; mais les Servitudes réelles ne peuvent guère s'aliéner sans le fonds auxquelles elles sont dues, et deviennent à la charge de l'acquéreur du fonds qui les doit, lors même qu'elles n'ont pas été déclarées.

On désignait dans le droit romain, un héritage franc et quitte de toutes charges et de Servitudes en particulier, par ces mots, *uti optimus maximus*.

Siculus Flaccus, dans son livre *de agrorum conditionibus et constitutionibus*, prétend de plus que ces mots comprennent le droit de passage dont on peut avoir besoin pour un héritage, ce qui est contraire au texte de plusieurs lois.

Cujas, dans son commentaire sur la loi 99, D. *de verborum significatione*, pense seulement que cela doit s'entendre du cas où l'héritage aurait un besoin indispensable de ce passage, parcequ'il serait entouré, de toutes parts, par les hérisages voisins.

Cette interprétation paraît fort raisonnable, quoique François Dandini l'ait rejetée au n° 5 de la première de ses *Interpretationes de Servitutibus prædiorum;* car un héritage qui n'aurait aucun abord, serait si inutile au propriétaire, qu'il ne meriterait guère le nom d'*optimus maximus*.

Il est bien certain, parmi nous, que la clause *de franc et quitte*, apposée dans la vente d'un héritage, ne rendrait pas le vendeur garant du passage dont cet héritage aurait besoin; et il n'y a pas de cas où le droit de Servitude soit compris, de plein droit, dans la vente d'un héritage.

Ragueau, sur le tit. 11, art. 2, de la coutume de Berri, dit qu'on ne doit point la garantie d'une Servitude visible qui subsistait au profit de la maison vendue au temps de la vente, à moins que la maison « n'eût été vendue *avec ses aisances et appartenances*, et » avec promesse de garantage; d'autant que » cette Servitude ne pouvant être acquise par » prescription et sans titre, n'appartenait pas » au vendeur, vu qu'il n'en a rien exprimé par » le contrat de vente, et n'est réputé avoir » vendu que le droit qui lui pouvait appartenir, si la chose lui fût demeurée en son domaine. Loi 67, D. *de contrahendâ emptione.* Loi *traditio*, D. *de acquirendo rerum dominio* ».

Lorsque les Servitudes imposées sur un bâtiment, sont *visibles et subsistantes*, il n'est pas besoin de les déclarer à l'acquéreur: leur apparence extérieure empêche qu'il ne puisse raisonnablement prétendre qu'il les a ignorées; il a dû s'en apercevoir en visitant la maison avant de l'acheter. Un arrêt du parlement de Paris, du 26 août 1756, cité par Denisart, l'a ainsi jugé au profit de la demoiselle Duru, contre l'abbé de la Varenne.

Lorsque le vendeur n'a pas déclaré les Servitudes cachées qui subsistent sur l'héritage vendu, plusieurs auteurs pensent que l'acquéreur peut seulement agir en dommages-intérêts contre le vendeur. Tel paraît être l'avis de Joannes Supérior, dans le *prœmium* de son ouvrage, n°s 2 et 3; et de Ferrière, dans sa préface sur le tit. 24, n° 24, de la coutume de Paris. D'autres pensent au contraire que l'acquéreur peut, en ce cas, demander la résiliation de la vente.

Il faut avouer qu'il y a beaucoup de confusion dans les lois romaines qu'on cite communément sur cet objet: parmi nous, cela doit dépendre des circonstances.

Stockmans, qui a traité cette question dans sa décision 27, dit qu'on l'a jugée au conseil souverain de Brabant, en faveur de l'acquéreur, à la charge, par lui, d'affirmer que, s'il eût eu connaissance de la Servitude, il n'aurait point songé à l'acquisition. Il s'agissait, dans cette affaire, d'un conduit de latrines qui traversait une partie assez considérable de la maison, et qui y répandait beaucoup de mauvaise odeur. Stockmans a soin d'observer qu'on ne devrait pas déférer cette affirmation à l'acquéreur, pour des Servitudes de peu d'importance, à moins que l'héritage n'eût été expressément vendu *franc et quitte de toutes charges.*

[[*V.* l'article *Garantie*, §. 8.]]

§. XXXV. *Des actions et de la procédure relatives aux Servitudes.*

I. On distingue, d'après le droit romain, deux

sortes d'actions relatives aux Servitudes, les actions *confessoires*, et les actions *négatoires*.

L'action confessoire est celle par laquelle celui qui prétend un droit de Servitude, conclud contre celui qui le trouble dans l'usage qu'il en veut faire, à ce que l'héritage y soit déclaré sujet, et qu'il soit fait défense au défendeur de l'y troubler.

L'action négatoire est celle par laquelle le propriétaire d'un héritage qu'on prétend sujet à quelque Servitude, demande que son héritage soit déclaré franc de cette Servitude, et qu'il soit fait défense à celui qui la prétend, d'en user. On conclud aussi à la démolition des ouvrages qu'on peut avoir faits pour établir la Servitude, et à des dommages-intérêts, suivant les circonstances.

Cujas, dans son 9e traité *ad Africanum*, pense que c'est toujours au demandeur à faire la preuve dans cette matière comme dans toutes les autres, soit qu'il s'agisse d'établir une Servitude, ou de la faire rejeter; et il faut avouer que la loi 15, D. *de novi operis nunciatione*, est assez conforme à cette opinion.

[[Mais remarquons bien qu'il n'est question dans cette loi que du possessoire des Servitudes.]]

Le plus grand nombre des autres auteurs, et Pothier, dans son introduction au tit. 9 de la coutume d'Orléans, n° 11, décident au contraire que c'est à celui qui prétend un droit de Servitude, à le prouver, suivant la maxime, *incumbit onus probandi ei qui dicit*.

Ce sentiment paraît le plus sûr, au moins dans les pays où la Servitude sans titre n'est pas admise; quant à ceux où la prescription de ces sortes de droits est reçue, Guy-Pape, quest. 38, propose de décharger celui qui prétend le droit de Servitude, d'en faire la preuve, si l'adversaire reconnaît qu'il en a la possession; [[mais c'est de sa part une grande erreur. *V.* mon *Recueil de Questions de Droit*, au mot *Servitude*, §. 6, à la fin.]]

II. On convient bien aussi généralement que la complainte peut être intentée pour et contre la Servitude, dans les pays où ce droit est prescriptible.

En est-il de même des pays où la maxime, *nulle Servitude sans titre*, est admise?

Duplessis, dans son *Traité des actions*; Bourjon, liv. 6, tit. 4, chap. 1, n° 27, et Rousseaud de Lacombe, dans sa *Jurisprudence civile*, au mot *complainte*, n° 9, pensent qu'elle n'est point admise en matière de Servitude: ils se fondent, pour cela, sur la nécessité du titre exigé par l'art. 186 de la coutume de Paris.

Brodeau, sur l'art. 96 de cette coutume, n° 4, Ferrières, dans ses notes, sur l'art. 97, Lange, dans son *Praticien*, liv. 3, chap. 5, pensent, au contraire que la nécessité du titre n'est pas un obstacle à la complainte, puisqu'on peut en donner copie dans l'exploit de demande, pour prouver que la possession est qualifiée.

[[Mais du moins ces auteurs reconnaissent qu'à l'égard des Servitudes qui ne peuvent pas être acquises par la prescription, la complainte est non-recevable, toutes les fois qu'elle n'est pas appuyée d'un titre.]]

Pothier, dans son *Traité de la procédure civile*, part. 2, chap. 3, art. 1, §. 2, semble aller plus loin: il ne dit pas précisément qu'il soit nécessaire de produire un titre, mais seulement qu'il faut qu'il paraisse qu'on soit en possession de cette Servitude, comme usant *du droit* de cette Servitude.

[[Mais comment pourrait-on être censé posséder une Servitude *comme usant du droit de la Servitude même*, alors qu'à défaut de titre, la loi présume que l'on ne possède que précairement?

Il faut donc en revenir à l'opinion la plus générale, et dire que, sous le Code civil, la complainte a bien lieu pour les Servitudes continues et apparentes, parcequ'elle peuvent s'acquérir par le seul fait de la possession; mais qu'elle ne peut être admise *sans titre*, ni pour les Servitudes continues non apparentes, ni pour les Servitudes discontinues, apparentes ou non, parcequ'il n'y a que des titres qui puissent les établir. Telle est en effet la doctrine de M. le président Henrion, dans son *Traité de la compétence des juges de paix*, chap. 28, §. 7; et elle a été confirmée notamment par les six arrêts suivans de la cour de cassation.

Le 20 octobre 1806, la dame Marcellot, propriétaire d'un moulin établi sur une rivière non-navigable, dans le ci-devant Nivernais, supprime un escalier et des lavoirs existans depuis long-temps sur son terrain, et que le sieur Joffrenot, propriétaire d'une tannerie adjacente, y avait pratiqués, à l'effet de puiser de l'eau dans cette rivière pour son usine, d'y laver ses peaux, et même de les y exposer au courant pendant la nuit.

Le sieur Joffrenot la fait citer devant le juge de paix du canton, pour voir dire « qu'il sera » maintenu dans la possession où il est, tant » par lui que par ses auteurs, de temps immémorial, et notamment depuis an et jour, dudit escalier et des lavoirs, pour le service de » son usine ».

La dame Marcellot répond que, s'agissant

d'une Servitude discontinue, qui, aux termes de l'art. 691 du Code civil, ne peut être établie que par un titre, il n'y a pas lieu à complainte; et elle conclud en conséquence à ce que le sieur Joffrenot soit déclaré non-recevable dans son action possessoire.

Le juge de paix ne s'arrête pas à ce moyen, et prononce la maintenue du sieur Joffrenot. Appel.

Le tribunal civil de l'arrondissement de Clamecy dit qu'il a été mal jugé, « Attendu » que la maintenue en possession n'était point, » dans l'espèce, la demande que Joffrenot » avait à former; qu'il ne s'agissait entre les » parties que d'examiner si cet individu avait » un droit de propriété, un droit de Servitu- » de, et que cette question n'était point de la » compétence du juge de paix ».

Le sieur Joffrenot se pouvoit en cassation. Il soutient d'abord que toute Servitude étant un droit réel, il a été autorisé par l'art. 1er du tit. 18 de l'ordonnance de 1667, à intenter l'action possessoire. Prévoyant ensuite qu'on lui objectera que la Servitude dans laquelle il a demandé d'être maintenu, n'était pas de nature à être acquise par prescription, il s'explique ainsi :

« 1° Cette Servitude est *apparente*, puisqu'elle était manifestée par des ouvrages que la dame Marcellot a fait démolir. 2° Elle est continue, et c'est ici qu'il faut prendre garde de se tromper Les Servitudes *continues*, selon l'art. 688 du Code civil, sont celles dont l'usage est *ou peut être* continuel, sans avoir besoin du fait actuel de l'homme. Tels sont les conduits d'eaux, les égoûts, *les vues et autres de cette espèce*. Les Servitudes discontinues, au contraire, sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées : tels sont les droits de passage, pâcage, puisage et autres.

» Il ne s'agit point ici d'un simple droit de *puisage*; on ne saurait, en le restreignant à cette dénomination, le comprendre dans les Servitudes de la seconde espèce. Le droit que révendique le sieur Joffrenot, est celui d'exposer des peaux de bêtes au courant, pour les rendre propres à l'usage auquel il les destine. Or, cette opération a lieu indépendamment du fait actuel de l'homme. L'ouvrier ne fait autre chose que poser ces peaux et les attacher; cette préparation finie, il les laisse exposées à l'action du courant, *même pendant la nuit*.

» Et certes, c'est bien là une Servitude *continue*, aussi bien que les *vues* que l'on a sur son voisin : car la *vue* requiert bien plus immédiatement encore le fait et la présence *actuels* de l'homme, qu'une simple exposition qui dure encore lorsque l'homme s'est retiré. C'est bien aussi ce que le droit romain caractérisait par ces mots, *Servitus aquæ quotidianæ. Quotidiana aqua non illa est* (dit la loi première, §. 2, D. *de aquâ quotidianâ et æstivâ*) *quæ quotidiè ducitur; sed ea quâ quis quotidiè possit uti, si vellet.* Ce qui revient parfaitement à ce qu'exprime l'art. 688 du Code civil, sur les Servitudes *continues* par ces mots : *dont l'usage est ou peut être continuel*. Le droit que réclamait le sieur Joffrenot, est donc indubitablement dans la catégorie de l'art. 790. On ne peut donc nier qu'il ne pût le revendiquer par l'action possessoire ».

Par arrêt du 21 octobre 1807, au rapport de M. Ruperou,

« Attendu qu'il s'agit, dans l'espèce, d'une Servitude qui ne pouvait s'acquérir que par titre, et que par conséquent l'action possessoire n'était pas admissible;

» La cour rejette le pourvoi..... ».

Le sieur Sallenave fait citer le sieur Chégaray devant la justice de paix de Bayonne, pour voir dire que mal à propos celui-ci l'a troublé, par voie de fait, dans la possession où il est, depuis l'an et jour, du droit de puiser de l'eau dans une fontaine qui se trouve dans un héritage appartenant à celui-ci.

Le sieur Chégaray répond que le sieur Sallenave n'a pas pu acquérir la Servitude qu'il réclame, puisqu'il ne possède aucun fonds voisin auquel cette Servitude puisse être attachée; que la veuve Sallenave, sa mère, propriétaire d'un héritage voisin, a bien usé de la faculté de puiser de l'eau dans la fontaine dont il s'agit; mais qu'elle ne l'a fait qu'à titre de familiarité et par pure tolérance; qu'ainsi, elle n'a pas pu elle-même prescrire une Servitude discontinue; et que par conséquent il n'y a pas lieu à complainte.

Jugement qui, sans avoir égard aux exceptions du sieur Chégaray, maintient le sieur Sallenave dans la possession du droit de puiser de l'eau à la fontaine dont il s'agit.

Le sieur Chégaray appelle de ce jugement, et l'attaque tant en la forme qu'au fond.

Le tribunal civil de Bayonne décide qu'en effet ce jugement est vicieux dans la forme; mais tout en l'annulant, il maintient la veuve Sallenave et son fils dans la possession réclamée par eux.

Recours en cassation de la part du sieur Chégaray; et le 23 novembre 1808, arrêt, au rapport de M. Audier-Massillon, par lequel,

« Vu les art. 637, 686 et 791 du Code civil;

» Attendu qu'il résulte de ces articles, qu'une Servitude ne peut être imposée que sur un fonds et en faveur d'un fonds; d'où il suit que

les actions qui en résultent, sont attachées à la propriété du fonds auquel la Servitude est due, et ne peuvent être exercées par celui qui n'a aucun droit à cette propriété;

» Que les Servitudes non apparentes et les Servitudes discontinues ne peuvent s'établir que par titres; que la possession, en cette matière, ne peut conférer aucun droit, et ne peut autoriser aucune action, ni au pétitoire, ni au possessoire;

» Qu'on ne peut pas admettre qu'une possession pendant une année, puisse donner quelque droit à une Servitude qu'on n'aurait pas pu acquérir par une possession, quelle qu'en eût été la durée;

» Que la coutume de Bayonne proscrivant également toute Servitude sans titre, le tribunal n'a pas pu placer les parties dans l'exception renfermée dans la seconde partie de l'art. 691 du Code civil, qui n'est relatif qu'aux Servitudes déjà acquises dans les pays où elles pouvaient s'acquérir sans titre et par la seule possession;

» Que le tribunal de Bayonne a réintégré les sieurs et dame Sallenave dans le droit de puiser de l'eau à la fontaine du sieur Chégaray, quoiqu'ils n'eussent aucun titre constitutif de cette Servitude, et que leur possession ne fût établie que sur les aveux du sieur Chégaray, qui, en convenant que les sieur et dame Sallenave avaient puisé de l'eau à sa fontaine, ajoutait que c'était de son consentement;

» Que cette réintégrande a été adjugée sur la demande du sieur Sallenave, qui n'avait aucun héritage voisin auquel cette Servitude pût être attachée; et que la dame Sallenave, propriétaire d'un fonds voisin, n'avait été partie ni dans le jugement de première instance, ni en cause d'appel, devant le tribunal de Bayonne; d'où il suit que le jugement attaqué a violé les articles précités du Code civil;

» La cour casse et annulle.... ».

Le troisième arrêt, du 13 avril 1810, est rapporté, avec le réquisitoire sur lequel il a été rendu, dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Servitude*, §. 5.

Le quatrième a été rendu dans les circonstances suivantes.

La veuve et les héritiers du sieur Colle jouissaient, dans une ville régie par la coutume de Gand, de certains droits de vue et de passage sur un jardin attenant à leur propriété, et dépendant de la maison de la veuve Schoonvliet et de son fils.

En 1793, le sieur Schoonvliet fit faire, dans son jardin, des ouvrages qui nuisaient à l'exercice de ces droits.

Demande en complainte de la part de la veuve et des héritiers du sieur Colle: ils exposent qu'ils sont en possession plus qu'annale et même trentenaire, des droits dont il s'agit et ils concluent à ce qu'ils y soient maintenus.

La veuve et le sieur Schoonvliet répondent que la coutume de Gand, rubr. 18, art. 2, repousse toute prescription en matière de Servitude.

Le 12 avril 1809, arrêt de la cour d'appel de Bruxelles (1), qui, d'après les enquêtes respectives des parties, maintient la veuve et les héritiers Colle dans leur possession.

Recours en cassation contre cet arrêt; et le 23 mars 1812, au rapport de M. Boyer;

« Vu l'art. 2 de la rubr. 18 de la coutume de Gand;

» Attendu qu'il résulte de cet article, que les droits de vue, d'issue et de passage réclamés par les défendeurs sur le terrain des demandeurs, n'étaient pas susceptibles de s'acquérir par la seule possession et sans titre;

» Que, par une conséquence nécessaire, les défendeurs ne pouvaient se prévaloir de la possession par eux alléguée pour se faire maintenir, par la voie de complainte, dans les droits dont il s'agit;

» Qu'il suit de là qu'en prononçant cette maintenue à son profit, sans aucune allégation de titre, et sur le seul motif de la possession par eux prétendue, l'arrêt attaqué a formellement violé l'art. précité;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle...».

Voici l'espèce du cinquième arrêt:

Le 18 mai 1809, le sieur Lassus fils, se prétendant troublé par le sieur Cazenave fils, dans la possession d'un droit de passage, le fait citer devant le juge de paix du canton de Clarac, pour le faire condamner à lever provisoirement les obstacles qu'il apporte au passage dont il s'agit, et à rétablir les lieux au même état où ils étaient avant l'entreprise.

Le sieur Cazenave fils soutient que la cause n'est pas de la compétence du juge de paix, et il demande qu'elle soit renvoyée devant les juges qui doivent en connaître.

Le sieur Lassus répond que le juge de paix est compétent, puisque l'action est purement possessoire; que, pour être maintenu dans son droit de passage, il suffit qu'il en ait usé pendant la dernière année avant le trouble;

(1) Comment cette affaire, qui, par sa nature, avait dû être portée en première instance, devant le juge de paix, avait-elle été portée par appel devant la cour de Bruxelles? C'est ce que n'explique pas la notice qui contient cet arrêt le *Bulletin civil* de la cour de cassation.

et que, si cette possession annale est déniée, il offre d'en faire la preuve.

Par jugement du 3 juin 1809, le juge de paix se déclare compétent, parceque le sieur Lassus se plaint d'un trouble de possession, et qu'il se plaint dans l'année du trouble; en conséquence, il ordonne la preuve de la possession annale.

Sur l'appel, le sieur Cazenave conclud « à ce » qu'il soit dit qu'il a été irrégulièrement et mal » jugé; que le jugement du juge de paix soit *an-* » *nulé* et réformé, et que l'action du sieur Lassus » soit déclarée *non-recevable* et mal fondée ».

Le 29 août 1810, jugement du tribunal civil de Pau qui confirme celui du juge de paix,

« Attendu qu'il suffit que la Servitude dont il s'agit, ait pu être acquise par la possession immémoriale, et que le sieur Lassus soit encore à temps de rapporter la preuve de cette possession, pour qu'il ait eu le droit de former la demande en complainte, et qu'il doive obtenir la réintégrande, s'il prouve qu'il a régulièrement usé de la Servitude, pendant l'année avant le trouble;

» Qu'en effet, 1° dans les pays de coutume, celui qui jouissait, en vertu d'un titre, d'une Servitude de passage, pouvait, s'il était troublé, former action en complainte; il lui suffisait de prouver une possession annale, et il était maintenu dans cette possession, lors même qu'il s'élevait des contestations sur la validité du titre. C'est ce que décide expressément un arrêt de la cour de cassation, du 24 juillet 1810 (1). Dans les pays du ci-devant Béarn, la possession immémoriale était, en fait de Servitude, un titre aussi puissant que l'était un acte écrit dans les pays de coutume; et le Code civil, loin d'y apporter quelqu'atteinte, a, par une disposition expresse, défendu d'attaquer les Servitudes déjà acquises, dans ces pays, par la possession immémoriale. La demande en complainte pour un droit de passage, était donc et doit encore être admise dans ces pays après une simple possession annale, quoiqu'il y ait contestation sur la possession immémoriale, tout de même que s'il y avait contestation sur le titre dans les pays de coutume;

» 2° Si la possession ne peut donner le droit de former l'action possessoire, ce n'est que dans le cas où elle ne peut conférer aucun droit à la propriété, parcequ'alors elle doit être censée précaire et de simple tolérance; mais il en était et il doit en être autrement dans les pays où la possession immémoriale équivalait à un titre; ce serait une erreur de dire que la possession qui, dans ces pays, avait lieu à titre de maître, ait changé de caractère depuis le Code civil, et ne doive plus être envisagée que comme précaire, puisque le Code lui-même maintient formellement les Servitudes acquises antérieurement par la possession, et qu'il y aurait contradiction à ce que, d'une part, le Code civil reconnût, dans la possession immémoriale antérieure à sa promulgation, l'acquisition de la propriété de la Servitude; et que, d'autre part, la jouissance de cette Servitude déjà acquise par la prescription, ne pût être réputée que précaire, comme s'il était possible que le propriétaire d'une Servitude la possédât autrement qu'*animo domini* ».

Le sieur Cazenave se pourvoit en cassation contre ce jugement; et par arrêt du 17 février 1813, au rapport de M. Chabot,

« Vu l'art. 691 du Code civil;

» Attendu que cet article établit, en règle générale, que la possession, même immémoriale, ne suffit pas pour établir une Servitude discontinue, et que c'est une conséquence nécessaire de cette disposition, qu'à l'égard d'une Servitude discontinue qui n'est pas établie par titre, il ne peut y avoir lieu d'exercer ni demande en complainte, ni aucune autre action possessoire;

» Qu'à la vérité, par exception à la règle générale, l'art. 691 maintient les Servitudes de cette nature *déjà acquises par la possession*, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière; mais qu'il est évident que, pour jouir du bénéfice de cette exception, il faut établir une possession immémoriale, qui ait fait acquérir la propriété de la Servitude avant la publication du Code civil; et qu'avant l'établissement de cette possession immémoriale, il ne suffit pas d'alléguer une simple possession annale, même pour jouir provisoirement de la Servitude; d'où il résulte que c'est au pétitoire qu'on doit se pourvoir et qu'on ne peut s'adresser au juge de paix et agir par action possessoire;

» Que le sieur Lassus n'ayant pas fait preuve d'une possession immémoriale avant le Code civil, ce qui est constaté par le jugement dénoncé, sa demande en complainte et en réintégrande était prématurée et non-recevable, puisque la simple possession annale qu'il alléguait, n'était pas, aux yeux de la loi, une possession valable qui pût autoriser une action quelconque, suivant la disposition générale de l'art. 691, tant qu'il n'était pas prouvé qu'il y avait eu une possession immémoriale dans le cas d'exception prévu par cet article;

» D'où il suit que le jugement dénoncé, en admettant la demande en complainte, et en ordonnant la preuve d'une simple possession annale, qui ne remontait pas même à une épo-

(1) *V.* ci-après, n° 2 *bis*.

que antérieure à la publication du Code civil, a faussement appliqué la seconde partie de l'art. 691, et expressément violé la première partie du même article;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle...»

Le sixième arrêt a été rendu entre le sieur Vaegmann et le sieur Kellerman, propriétaires de maisons situées à Anvers, et séparées par un mur mitoyen.

Le sieur Kellerman ayant commencé sur son terrain, la construction d'un hangard, le sieur Vaegmann le fait citer devant le juge de paix, pour voir dire que défenses lui seront faites de continuer cette construction, *attendu qu'elle lui enlève la vue et le soleil.*

Jugement contradictoire qui prononce ces défenses.

Appel, tant comme de juge incompétent qu'autrement.

Le 9 décembre 1811, le tribunal civil d'Anvers déclare qu'il a été compétemment et bien jugé.

Le sieur Kellerman se pourvoit en cassation, et soutient que la matière n'était pas susceptible d'une action possessoire.

Par arrêt du 28 février 1814, au rapport de M. Gandon;

« Vu l'art. 691 du Code civil...;

» Considérant que l'inhibition de construire, ou la dénonciation de nouvelle œuvre, est une action possessoire; que la prétention du défendeur d'empêcher le demandeur de bâtir sur son propre terrain, est celle d'une Servitude non apparente, sur quelque titre qu'on puisse la présenter; que, suivant l'art. 691 du Code civil, semblable Servitude ne peut s'acquérir par la possession; d'où il résulte nécessairement que la possession ne donne aucun droit, qu'elle ne peut fonder une action possessoire, et que toute action pour Servitudes non apparentes est hors de la compétence de la justice de paix;

» La cour casse et annulle...».

Ici se place naturellement une observation très-judicieuse de M. le président Henrion, à l'endroit déjà cité.

« Si la possession (dit-il) est inefficace pour l'établissement du plus grand nombre des servitudes, il n'en est pas de même de leur extinction. Quelle que soit la nature d'une servitude, celui qui en est grevé, peut en acquérir la libération par le seul effet du temps, c'est-à-dire, par la seule circonstance que celui auquel la servitude est due, a cessé de l'exercer pendant le nombre d'années nécessaire pour la prescription. De ce principe combiné avec celui qui admet la complainte dans tous les cas où la prescription a lieu, résulte la conséquence que tout propriétaire sur l'héritage duquel on prétend exercer une servitude, peut se pourvoir devant le juge de paix, et y conclure à être maintenu dans la possession où il est, notamment depuis an et jour, de jouir librement de sa propriété. Si, donc, j'ai fait clore un héritage, et que mon voisin, prétendant avoir le droit d'y passer, fasse abattre ma clôture...je puis, prenant ces actes pour trouble à ma possession d'an et jour, intenter la complainte possessoire ».

II. *bis.* Au surplus, en disant que la complainte ne peut pas avoir lieu *sans titre* pour les Servitudes non prescriptibles, nous avons assez fait entendre que, lorsque ces Servitudes sont fondées sur un titre, la possession peut en être réclamée par complainte.

Et c'est ce qu'a effectivement jugé un arrêt de la cour de cassation du 24 juillet 1810, qui est rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Servitude*, §. 6; en voici un autre du 6 juillet 1812, qui juge de même:

« Ouï le rapport de M. Reuvens....;

» Vu l'art. 10 du titre 3 de la loi du 24 août 1790, sur l'organisation judiciaire; l'art. 691 du Code civil et l'art. 454 du Code de procédure civile;

» Considérant, d'un côté, que, suivant l'article précité de la loi du 24 août 1790, les juges de paix connaissent..... de toutes actions possessoires....;

» Considérant, d'un autre côté, que, si, par l'effet du principe établi dans l'art. 691 du Code civil, la possession annale d'une Servitude discontinue ne peut donner le droit de former l'action possessoire, c'est parceque la possession dans cette matière ne pouvant jamais conférer aucun droit à la propriété de la chose réclamée, elle est toujours censée précaire, et qu'elle manque par conséquent du caractère exigé par la loi; mais qu'il n'en est pas de même lorsque cette possession est accompagnée d'un titre; qu'alors, elle ne peut plus être l'effet d'une simple tolérance, ni être regardée comme précaire;

» Considérant que, si le juge de paix, chargé uniquement de statuer sur la possession, ne peut pas juger définitivement sur la validité du titre, il peut néanmoins en ordonner provisoirement l'exécution sous le rapport de la possession, s'en servir pour juger du caractère de la possession, et accorder la jouissance provisoire à celui qui a une possession annale accompagnée d'un titre (1), sous la réserve du droit des parties au fond;

(1) *V.* les conclusions du 12 fructidor an 10, rapportées dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Complainte*, §. 2.

» Considérant que cet effet du titre ne peut être détruit par la seule contestation sur sa validité, et qu'il appartient au juge de paix de juger le mérite de cette contestation, quant au fait de la possession;

» Considérant que, dans l'espèce, la possession dont les frères et sœurs Herblin excipaient, était accompagnée d'un titre; que le juge de paix l'a envisagée comme un titre apparent; qu'il a donc pu regarder la possession comme n'étant ni précaire ni l'effet d'une simple tolérance; que par conséquent il y a eu lieu à l'action possessoire et que le juge de paix a été compétent..... ;

» D'où il suit que le tribunal de première instance, séant à Pont-l'Evêque, en annulant, par son jugement du 20 juin 1810, celui du juge de paix du canton de Honfleur du 3 février précédent, sous le prétexte que la possession accompagnée d'un titre, ne pouvait fonder l'action possessoire ni la compétence du juge de paix, a violé l'art. 10 du tit. 3 de la loi du 24 août 1790, et faussement appliqué l'art. 691 du Code civil et l'art. 454 du Code de procédure civile;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle le jugement du tribunal de première instance de Pont-l'Evêque, rendu entre les parties, le 20 juin 1810..... ».

Même décision dans l'espèce suivante :

« Le sieur Delesme (est-il dit dans le *Bulletin* civil de la cour de cassation), propriétaire du pré *Pélas*, arrosé dans toute sa largeur par les eaux de l'étang de Coyole, en vendit la partie supérieure au sieur Jabet, qui se soumit de laisser aux eaux leur cours ordinaire, de sorte qu'elles continuassent à servir à l'arrosement de la partie inférieure dudit pré qu'il se réservait.

» Cette partie inférieure passa dans la suite au sieur Manent, demandeur en cassation, qui en est encore aujourd'hui propriétaire.

» Aussitôt après son acquisition de la partie supérieure du pré, le sieur Jabet le fit clore d'un mur dans lequel il pratiqua des alluvions pour le passage des eaux dirigées par des rigoles carrées plates.

» Mais, en 1810, le sieur Jabet imagina de priver le sieur Manent des eaux destinées à l'arrosement de son pré; et pour y parvenir, il établit des rigoles transversales, et il éleva des digues pour masquer les alluvions, de sorte que le sieur Manent se trouva privé entièrement des eaux nécessaires à l'arrosement de son fonds.

» Ce fut cette voie de fait qui décida l'action en complainte possessoire exercée par le sieur Manent contre le sieur Jabet devant le juge de paix du canton de la situation des lieux.

» Le sieur Jabet se borna à dénier les faits du trouble qui lui étaient imputés; ce qui nécessita un préparatoire en preuve.

» La preuve faite et déclarée concluante, le sieur Jabet fut condamné à remettre les choses au même état qu'elles étaient avant le trouble; mais, sur l'appel du sieur Jabet, le sieur Manent fut déclaré non-recevable dans sa demande, attendu qu'il s'agissait, dans la cause, d'une co-propriété indivise, et non pas d'un droit de Servitude; que, quand il s'agirait d'une Servitude, elle ne serait ni continue ni permanente; et qu'enfin, dans tous les cas, il ne serait question au surplus que d'un réglement qui sortirait de la compétence de la justice de paix.

» Ce jugement a été attaqué en cassation par le sieur Manent, qui a proposé plusieurs moyens; mais un seul a fixé l'attention de la cour, c'est-à-dire, celui résultant de la violation de la loi de 1790, qui a mis les actions possessoires dans les attributions des juges de paix; rien ne pouvant en effet, dans l'espèce particulière, faire sortir la cause de la compétence de la justice de paix; car jamais le sieur Jabet n'avait même prétendu que le sieur Manent fût co-propriétaire des rigoles établies dans la partie supérieure du pré *Pélas*, et la Servitude dans laquelle le sieur Manent avait été troublé, était bien réellement une Servitude permanente et continue; il ne pouvait au surplus être question, en l'état, d'un réglement d'eau, mais seulement de savoir si le sieur Jabet avait pu en priver entièrement le sieur Manent, comme il l'avait fait, soit en détournant l'eau par des rigoles transversales, soit en masquant les alluvions des murs de séparation des propriétés des parties.

» L'arrêt de cassation (du 13 juin 1814); est rendu dans les termes qui suivent :

» Ouï le rapport de M. Carnot....

» Vu le no. 2 de l'art. 10 du tit. 3 de la loi du 24 août 1790;

» Attendu qu'il est demeuré pour constant au procès, que le demandeur en cassation était en possession réelle et paisible, depuis plus d'an et jour, de recevoir les eaux de la partie supérieure du pré *Pélas*, pour l'irrigation de la partie inférieure dudit pré dont il est propriétaire, lorsqu'il fut troublé dans sa possession par le défendeur, et qu'il se pourvut en complainte possessoire dans l'année du trouble;

» Attendu que c'était à titre de *Servitude* que le demandeur jouissait des eaux pour l'arrosement de son pré, et non pas à titre de *co-propriété* de la rigole qui existait dans la partie supérieure dudit pré et qui servait à la

conduite desdites eaux; que ce point n'avait jamais été contesté entre les parties, et que cela résultait d'ailleurs de l'acte du 9 novembre 1791;

» Que cette Servitude fondée en titre et sur la destination du père de famille, était permanente et continue, dans le sens des art. 688 et 689 du Code civil;

» Attendu qu'il ne s'agissait pas dans la cause d'un règlement d'eau, mais de faire juger que le défendeur n'avait pu priver le demandeur des eaux provenant de l'étang de Coyole, que le défendeur avait entièrement interceptées, en en détournant le cours par des rigoles latérales, et en masquant les environs du mur séparatif des possessions des parties; qu'il n'y aurait lieu de procéder à un règlement des eaux, que dans le cas où il s'élèverait des contestations à ce sujet entre les parties, lorsque les choses seront rétablies dans leur premier état;

» Que le tribunal de Limoges a donc appliqué dans la cause des principes qui ne la régissaient pas, et qu'en les appliquant, pour déclarer le demandeur non recevable dans sa demande en complainte, il a ouvertement violé les règles de compétence établies par l'art. 10, n°. 2, du tit. 3 de la loi du 24 août 1790;

» Par ces considérations, la cour casse et annulle le jugement rendu par le tribunal civil de Limoges, le 16 janvier 1811.... »

Le 2 mars 1820, arrêt semblable dont l'espèce est rapportée dans mon *Recueil de Questions de Droit*, au mot *Servitude* §. 6.

Par la même raison, la complainte est admise pour les Servitudes naturelles ou établies par la loi; et c'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de cassation, du 13 juin 1814, que le *bulletin civil* nous retrace en ces termes:

« Le sieur Leroi possède une pièce de terre dont les eaux pluviales s'écoulaient sur un fonds inférieur et contigu, appartenant au sieur Taffoiry.

» En décembre 1811, le sieur Taffoiry arrêta le cours de ces eaux par une digue, et les fit ainsi refouler sur le fonds du sieur Leroi.

» Le 23 mai 1812, le sieur Leroi traduisit le sieur Taffoiry devant le juge de paix, pour le faire condamner à supprimer la digue, et à lui payer 40 francs de dommages-intérêts, pour réparation des dommages faits par ces eaux à son fonds et à l'avoine dont il était ensemencé.

» Le sieur Taffoiry déclina la juridiction du juge de paix, prétendant que l'action du sieur Leroi était purement pétitoire; qu'elle ne tendait qu'à s'attribuer sur le fonds du sieur Taffoiry une Servitude de cours d'eau qu'il n'avait point.

» Le sieur Leroi, répliqua que se voyant troublé dans la possession d'un droit qui lui était acquis de tout temps par la nature des lieux, il avait dû traduire le sieur Taffoiry devant un tribunal qui avait la connaissance des actions possessoires; et il interpella le sieur Taffoiry de convenir que les eaux pluviales s'étaient toujours écoulées par leur pente naturelle sur le fonds du sieur Taffoiry, en passant dans une brèche ouverte de tout temps dans le rejet du fosse du sieur Taffoiry, et que l'écoulement de ces eaux ne se trouvait interrompu que par la levée en terre que le sieur Taffoiry avait faite dans ladite brèche, depuis environ six mois; protestant qu'en cas de refus de répondre à ces faits, ils seraient tenus pour avérés.

» Le sieur Taffoiry ayant refusé de répondre à cette interpellation, le juge de paix rendit, le 26 du même mois, un jugement par lequel, considérant que l'action formée par le sieur Leroi, avait tous les caractères d'une action possessoire, il décida qu'il était compétent pour en connaître.

» Sur l'appel, le sieur Taffoiry, persistant dans son exception d'incompétence, prétendit que les eaux s'absorbaient sur le fonds du sieur Leroi, et ne descendaient pas même jusqu'à la haie de séparation des deux héritages, jusqu'à un terrassement qu'il dit avoir été pratiqué par le sieur Leroi sur son fonds.

» Loin de convenir de ce fait, le sieur Leroi persista dans ceux qu'il avait articulés devant le juge de paix.

» Là-dessus, par jugement du 18 juillet 1812, le tribunal de Nogent-le-Rotrou infirma le jugement du juge de paix et accueillit l'exception d'incompétence.

» Son motif fut que l'action du sieur Leroi était purement pétitoire; que les lois qui attribuent aux juges de paix la connaissance des entreprises faites dans l'année sur les cours d'eau, ne sont relatives qu'aux cours d'eau dont l'existence est reconnue, et non à des eaux pluviales et momentanées qu'un voisin prétend être en droit de faire découler de son terrain dominant sur celui de son voisin qui soutient ne pas devoir les supporter à cause du changement d'écoulement que leur a donné le propriétaire supérieur.

» Le sieur Leroi a demandé la cassation de ce jugement, pour contravention aux nos 1 et 2 de l'art. 10 du tit. 3 de la loi du 24 août 1790, qui déterminent la compétence du juge de paix en cette matière.

» Il a soutenu que la Servitude naturelle du cours des eaux pluviales des fonds supérieurs sur les fonds inférieurs, étant garantie par la loi, est un droit réel fondé en titre; que, par

suite, le trouble apporté à la possession de ce droit, donne au possesseur l'action en complainte contre l'auteur du trouble; qu'il ne suffit point à celui-ci de nier la possession en révoquant en doute la situation naturelle des lieux, pour éluder la compétence; que ce n'est là qu'une exception à vérifier et à juger, en statuant au fond sur la complainte; qu'ainsi, le juge de paix étant saisi principalement d'une action en réparation du dommage causé par le sieur Taffoiry au champ et à la récolte du sieur Leroi, et subsidiairement de l'action en complainte formellement proposée par le sieur Leroi, ne pouvait se dispenser de vérifier les faits et de statuer d'abord au fond sur la complainte, et ensuite sur le dommage, ainsi qu'il appartiendrait.

» Le sieur Taffoiry répondait que la situation naturelle des lieux étant contestée, il en résultait que le sieur Leroi était sans titre jusqu'à la vérification du fait; que par conséquent, il n'avait qu'une action pétitoire; que d'ailleurs il n'avait point expressément articulé la possession annale; que l'action de dommage dépendant du droit de Servitude au fond, le juge de paix ne pouvait pas plus en connaître; qu'ainsi, le jugement devait être maintenu.

» Le système du sieur Taffoiry a été proscrit et le jugement a été annulé.

» Ouï le rapport de M. Cassaigne.....;

» Vu les nos 1er et 2e de l'art. 10 du tit. 3 de la loi du 24 août 1790;

» Attendu, dans le droit, que le juge de paix doit connaître des actions pour dommages faits par les hommes aux champs, fruits et récoltes, des entreprises sur les cours d'eau, commises dans l'année, et de toutes autres actions possessoires;

» Qu'aux termes de l'art. 640 du Code civil, les fonds inférieurs sont assujétis, envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les eaux qui en découlent naturellement, sans que la main de l'homme y ait contribué;

» Que cette obligation étant consacrée par la loi, est un droit réel fondé en titre, et donne par conséquent au possesseur troublé dans sa possession, l'action en complainte contre l'auteur du trouble;

» Que, si la possession est déniée par le défendeur, il n'en résulte aucunement que la complainte soit non recevable; qu'il s'ensuit seulement que le juge de paix, compétent sur la demande, l'est sur l'exception; qu'il doit vérifier les prétentions respectives des parties, et statuer en conséquence sur la complainte au fond, en maintenant le possesseur en sa possession, ou en décidant qu'il ne l'a jamais eue;

» Que, dans l'espèce, il est constant par les pièces, et en partie reconnu par le jugement attaqué lui-même, que Leroi a conclu principalement devant le juge de paix, à faire condamner Taffoiry à supprimer la digue par lui élevée sur son fonds, pour arrêter le cours des eaux pluviales venant de celui de Leroi, et en 40 francs de dommages-intérêts, pour réparation du dommage fait par le reflux et le séjour des eaux au fonds de Leroy, et à l'avoine dont il était ensemencé, et en outre subsidiairement le maintenir dans la possession où il était du cours des eaux pluviales s'écoulant de son fonds sur celui inférieur de Taffoiry, par la situation naturelle des lieux et sans fait de main d'homme, de tout temps jusqu'à six mois avant l'instance, époque de la construction de ladite digue;

» Qu'il résulte évidemment de ce que dessus, que l'action de Leroi est, de droit et de fait, essentiellement possessoire, et qu'il appartenait au juge de paix d'en connaître, nonobstant le déni de la possession fait par Taffoiry; que, par suite, le jugement qui décide le contraire, viole formellement les nos 1 et 2 de l'art. 10, tit. 3, de la loi du 24 août 1790;

» La cour casse et annulle le jugement du tribunal civil de Nogent-le-Rotrou, du 18 juillet 1812...». »

III. *A qui appartient l'exercice des actions relatives aux Servitudes?*

Nul doute qu'il n'appartienne aux propriétaires des fonds prétendus dominans, pour réclamer ces Servitudes; et aux propriétaires des fonds prétendus servans, pour les contester: *actiones de Servitutibus rusticis sive urbanis, eorum sunt quorum prædia sunt*, dit la loi 1, D. *si Servitus vindicetur*.

De là, la conséquence que ces actions ne peuvent pas être exercées, même au possessoire, par un fermier; et c'est ce qui a été jugé, sous l'empire de l'ordonnance de 1667, dans l'espèce suivante.

Le sieur Lefebvre était propriétaire d'un terrain traversé par un sentier qui aboutit à un autre héritage dont le sieur Carquille jouissait comme fermier.

A l'extrémité de ce sentier, du côté de l'héritage occupé par le sieur Carquille, il existait, en 1803, un fossé que le sieur Lefebvre a fait alors combler. En 1805, le sieur Lefebvre a fait ouvrir de nouveau ce fossé.

Le sieur Carquille, se prétendant par là troublé dans la jouissance du droit de passage sur le sentier, s'est pourvu en complainte devant le juge de paix du canton de Laon.

Le sieur Lefebvre a soutenu qu'il était sans qualité.

Jugement qui, sans avoir égard à cette fin de non recevoir, condamne le sieur Lefebvre à combler le fossé.

Appel au tribunal civil de l'arrondissement de Laon qui, par jugement du 22 ventôse an 13,

« Attendu qu'en principe, un fermier, comme le propriétaire, a qualité pour intenter l'action en maintenue possessoire, quand il est troublé dans la possession d'un passage pour la facilité ou commodité de son exploitation, ou en réintégrande, quand il a été dépossédé par voie de fait,

» Dit qu'il a été bien jugé..... ».

Le sieur Lefebvre se pourvoit en cassation; et par arrêt du 7 septembre 1808, au rapport de M. Boyer,

« Vu l'art. 1 du tit. 18 de l'ordonnance de 1667,

» Et attendu, dans l'espèce, qu'il est reconnu que Carquille, demandeur en complainte, n'était pas propriétaire, mais simple fermier du terrain, pour l'exploitation duquel il a réclamé un droit de passage sur le terrain de Lefebvre; qu'ainsi, il n'avait pas qualité suffisante pour intenter une semblable action; et qu'en l'y déclarant recevable, le jugement attaqué a violé l'art. 1 du tit. 18 de l'ordonnance de 1667;

» La cour casse et annulle..... ».

Que l'on doive encore aujourd'hui juger de même, cela n'est pas douteux, et c'est ce que j'établirai dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Fermier*, §. 1.

Mais en est-il à cet égard de l'usufruitier comme du fermier? *V.* l'article *Usufruit*, §. 4, n° 14.]].

IV. Les Servitudes sont incontestablement des actions reelles. Cependant on les considère comme mixtes, en ce qui concerne la compétence des juges de privilege ou de *committimus*. « Par notre usage (dit Brodeau, dans » sa preface sur le tit. 9 *des Servitudes*, n° 1), » ce sont interdits plutot qu'actions réelles; » d'où vient que MM. des requêtes du palais » et de l'hotel, en connaissent, suivant l'an» cienne consultation de Mathieu Chartier et » autres anciens avocats, remarquee par Pa» pon, liv. 14, tit. 14, arrêt 1 ».

Ferrière, dans sa preface sur le même titre, dit aussi que, « quoique ces actions soient » mises entre les actions réelles dans le droit, » néanmoins nous les considérons comme ac» tions mixtes, en sorte que MM. des requêtes » de l'hôtel et du palais en connaissent ».

[[On ne voit pas sur quel fondement l'ancienne jurisprudence avait ainsi rangé les actions relatives aux Servitudes, dans la classe des actions mixtes. Autant eût-il valu dire que l'on devrait aussi considérer comme mixtes, les actions en revendication d'immeubles.

Au reste, la nature de ces actions est clairement definie par l'art. 526 du Code civil, qui, d'une part, déclare les Servitudes immeubles; et de l'autre, qualifie expressément d'immobilieres les actions qui tendent à les revendiquer.

Et de là, il suit nécessairement que les juges de la situation des biens sont seuls compétens pour connaître de ces actions. « Le defendeur » (porte l'art. 59 du Code de procédure civile) » sera assigné..., en matière réelle, devant le » tribunal de la situation de l'objet litigieux ».

Ce n'est pourtant pas à dire pour cela qu'il ne puisse pas y avoir lieu, en cette matiere, à la prorogation de juridiction. *V.* les conclusions du 8 mars 1810, rapportées dans mon *Recueil de Questions de Droit*, aux mots *Domaine public*, §. 6.]]

On a beaucoup agité autrefois la question, si les présidiaux pouvaient juger des questions de Servitudes en dernier ressort.

On doit tenir aujourd'hui qu'ils en peuvent connaître, lorsque le demandeur declare évaluer ou restreindre sa demande à la somme de deux mille livres, ou lorsque le défendeur prouve que la valeur de la Servitude n'excède pas 2000 livres. C'est la decision des art. 5 et 6 de l'édit du mois d'août 1777, et de l'art. 2 de la déclaration du 29 août 1778, qui sont rapportés à l'article *Présidial*. Il est clair, en effet, qu'on doit comprendre les Servitudes sous le nom *des droits incorporels* dont parlent ces lois.

[[On a vu à l'article *Dernier ressort*, §. 3, que la question souffre aujourd'hui beaucoup plus de difficulté à l'egard des tribunaux de première instance qui remplacent les présidiaux.

V. Les juges de paix peuvent-ils connaître, au pétitoire, des questions de Servitude?

Qu'ils puissent en connaître au possessoire, dans les cas où la complainte peut avoir lieu, c'est ce que j'ai établi ci-devant, n° 2.

Mais ils ne peuvent, en aucun cas, en connaître au pétitoire; et c'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de cassation du 27 juillet 1808, en cassant, au rapport de M. Liger de Verdigny, d'après l'art. 10 du tit. 3 et l'art. 4 du tit. 4 de la loi du 24 août 1790, un jugement du tribunal civil d'Anvers confirmatif d'un jugement par lequel un juge de paix de la même ville avait statué au petitoire sur une demande du sieur Huysman tendant à établir

qu'il avait une Servitude sur un terrain contigu au sien. Cet arrêt est rapporté dans le *Bulletin civil* de la cour de cassation.

VI. Est-ce au pouvoir judiciaire, ou à l'autorité administrative qu'appartient la connaissance des questions de Servitude qui s'élèvent, soit entre des acquéreurs de biens nationaux, soit entre l'acquereur d'un bien national et un autre propriétaire,

Le principe sur lequel est fondée la doctrine établie aux mots *Pouvoir judiciaire*, §. 2, n° 2, amène nécessairement la conséquence qu'il n'appartient qu'aux tribunaux de prononcer sur ces sortes de contestations.

Et c'est ce qu'a décidé, en effet, un décret du premier septembre 1811, ainsi conçu :

«Sur le rapport de notre grand-juge, ministre de la justice, sur la question de savoir devant quelle autorité doit être renvoyée la contestation élevée entre le sieur Donnay, propriétaire à La Châtre, et le sieur Faillaufez, acquéreur de biens nationaux, à l'occasion d'une Servitude dépendante desdits biens, et sur laquelle le tribunal civil de la Flèche, par jugement du 2 juin 1808, et le conseil de préfecture du département de la Sarthe, par décision du 11 août 1809, se sont également déclarés incompétens; vu ledit jugement et ledit arrêté, et toutes les pièces produites par les parties.

» Considérant que les biens sur lesquels le sieur Donnay reclame un droit de passage, ont été vendus par l'État au sieur Faillaufez, sans garantie de Servitudes actives et passives; que, par conséquent, la contestation survenue entre les sieurs Donnay et Faillaufez, doit être jugée par les tribunaux, comme toute autre question de Servitude; que le tribunal civil de la Flèche ne devait point se déclarer incompétent, lorsque l'autorité administrative n'en élevait pas le conflit;

» Notre conseil d'état entendu, nous avons décreté et decrétons ce qui suit:

» Le jugement du tribunal civil de la Flèche est annulé, et les parties sont renvoyées devant un autre tribunal pour faire juger leurs droits respectifs ».

Le même jour, autre décret semblable, dont voici la teneur:

« Sur le rapport de notre commission du contentieux; vu la requête de la Dame Lawless, tendante à ce qu'il nous plaise annuler un arrêté rendu le 11 juillet 1811, par lequel le préfet du département de l'Aude élève le conflit dans une contestation pendante à la cour d'appel de Montpellier, entre la dame Lawless et le sieur Rolland, au sujet d'un passage réclamé à titre de Servitude par ledit Rolland, sur l'étang national de Marseillette, adjugé aux auteurs de la dame Lawless le 26 germinal an 6: vu ledit arrêté; vu le jugement du tribunal de première instance de Carcassonne, du 24 janvier, qui a renvoyé la décision de la contestation à l'autorité administrative; vu l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier, qui déclare la cause de la compétence de l'autorité judiciaire;

» Considérant qu'il ne s'agit point, dans le procès existant entre le sieur Rolland et la dame Lawless, d'interpréter l'acte de vente de l'étang de Marseillette, d'en expliquer les clauses et l'application qu'il doit recevoir; que toute la contestation se réduit à faire décider si le sieur Rolland peut prétendre à un droit de passage sur l'étang de Marseillette, soit en vertu de la transaction du 15 décembre 1666 dont il veut se prévaloir, soit par suite de la possession immemoriale qu'il allégue, soit enfin en conformité des dispositions de l'art. 682 du Code civil, dont il réclame l'application; que, sous ces divers rapports tendant à lui faire obtenir le droit d'une Servitude active sur les fonds de la dame Lawless, les tribunaux sont seuls compétens pour statuer d'après les titres et les principes du droit civil, ce que le sieur Rolland a lui-même reconnu, en portant sa demande originaire devant le tribunal civil de Carcassonne;

» Notre conseil d'état entendu, nous avons décreté et décrétons ce qui suit:

» L'arrêté du préfet du département de l'Aude, du 10 juillet 1810, par lequel ce magistrat élève le conflit, est annulé, et les parties sont renvoyées à discuter leurs droits devant l'autorité judiciaire ».

Voici une espèce dans laquelle la cour de cassation, sans connaître ni l'un ni l'autre de ces deux décrets, a jugé la même chose.

Le 2 juillet 1654, le prieur de Notre-Dame de la Platière de Lyon, vend à Pierre Verne le droit d'ouvrir, dans le mur de sa maison, deux fenêtres au-dessus de la coquille de l'église du prieuré, moyennant la somme de 202 livres 10 sous, qu'il promet d'employer aux réparations nécessaires du couvent.

Les deux fenêtres ainsi pratiquées, subsistent sans contestation jusqu'en 1792.

A cette époque, le cimetière et l'église sont mis en vente, par l'administration du district de Lyon, au profit de l'État. Les sieurs Clerc et Rival s'en rendent adjudicataires, et en font un bail de ving-sept ans au sieur Morfeuillet.

Celui-ci fait démolir l'église, et fait élever sur le terrain un bâtiment qui prive la dame Follin, propriétaire actuelle de la maison de Pierre Verne, du droit de vue que celui-ci avait acheté en 1654.

La dame Follin s'adresse au conseil de préfecture du département du Rhône, et conclud à ce qu'il condamne les sieurs Morfeuillet, Clerc et Rival, à démolir les ouvrages qui ferment ses jours.

Par arrêté du 13 pluviôse an 12, le conseil de préfecture déclare qu'il ne peut connaître de la contestation, « attendu que, d'après les » clauses insérées au bref de vente, il ne peut » y avoir lieu à interpréter ou expliquer les » clauses de cet acte, et que la contestation » doit se décider d'après les règles du droit » commun ».

La cause est, en conséquence, portée devant le tribunal de première instance de Lyon; et le 23 juin 1809, il y intervient un jugement conforme aux conclusions de la dame Follin.

Les sieurs Morfeuillet, Clerc et Rival appellent de ce jugement.

Le 11 janvier 1811, arrêt de la cour de Lyon, qui met l'appellation au néant,

« Attendu qu'il résulte de l'acte du 2 juillet 1654, que le prieur de la Platière a vendu à Verne le droit d'ouvrir deux fenêtres sur la coquille de l'église du prieuré;

» Que la propriété de l'église a passé à l'Etat, avec la charge dont elle était grevée;

» Que la vente que l'Etat en a faite aux sieurs Clerc et Rival, n'a pu leur transmettre plus de droits que n'en avait le prieur de la Platière; que cet acte de vente contient, de la part de la nation, la reconnaissance formelle du droit qu'avaient eu les prieurs de la Platière d'aliéner, puisqu'il assujétit les acquéreurs à maintenir les droits de jouissance des propriétaires voisins qui avaient justifié de leurs titres; et que, si cet acte ne maintient pas positivement la dame Follin dans ses droits de jour et de vue, c'est qu'alors elle n'avait pas justifié de son titre ».

Le sieur Morfeuillet, le sieur Clerc et les héritiers du sieur Rival, se pourvoient en cassation contre cet arrêt, et soutiennent qu'il viole 1° les réglemens qui réservent à l'autorité administrative la connaissance de l'étendue et de l'effet des ventes faites administrativement; 2° les lois qui, en 1654, défendaient au prieur de la Platière d'aliéner, et par conséquent de grever de Servitudes les biens dépendans de son prieuré, sans l'observation des formalités requises en pareil cas.

Par arrêt du 12 août 1812, au rapport de M. Cochard,

« Attendu, 1° que, dans la pureté des principes, confirmés à cet égard par l'art. 1638 du Code civile, le vendeur n'est pas tenu à la garantie envers son acquéreur, des Servitudes apparentes dont peut être grevé l'immeuble par lui vendu; et que, si ce dernier se croit fondé à élever des contestations relatives à la légitimité de l'existence de pareilles Servitudes, il ne peut le faire qu'à ses risques et périls, à moins qu'il n'y ait dans la vente stipulation contraire;

» Attendu 2° qu'à la date du 6 juin 1792, époque de l'adjudication passée aux demandeurs, de l'église, sacristie, cour et cimetière du ci-devant prieuré de la Platière, les jours et fenêtres pris et ouverts dans le mur de la maison de la dame défenderesse, contiguë à l'église dudit prieuré et au-dessous de la coquille de ladite église, existaient déjà, de la même manière qu'ils existent encore aujourd'hui; que les demandeurs en ont été ou dû être instruits; qu'il en résulte la conséquence nécessaire que l'administration du district de Lyon n'a pu leur vendre, et ne leur a vendu effectivement lesdits objets que pour en jouir de la même manière que les ci-devant prieurs en avaient joui eux-mêmes ou dû jouir; ce qui exclud toute idée de garantie de la part des acquéreurs contre leur vendeur;

» Attendu 3° que le Gouvernement étant ainsi hors de tout intérêt par rapport à la question de savoir si la dame défenderesse était ou non propriétaire du droit de jour acquis à sa maison sur le cimetière de ladite église, il s'ensuit nécessairement que l'autorité administrative est, sous tous les points de vue possibles, incompétente (ainsi que le conseil de préfecture de Lyon l'a lui-même solennellement reconnu, d'après les propres déclarations desdits demandeurs, consignées dans son arrêté contradictoire rendu entre les parties le 13 pluviôse de l'an 12), pour connaître d'une contestation absolument étrangère à la vente passée par l'administration du district de ladite ville auxdits demandeurs; qu'à la vérité, il en serait autrement, si ladite dame veuve Follin eût jamais prétendu que ladite administration n'avait pas le droit de vendre le tout ou partie des objets qu'elle a réellement vendus, ou si elle eût élevé des contestations sur ce qui pouvait être ou n'être pas compris dans ladite vente, parcequ'alors une prétention semblable eût naturellement conduit à l'interprétation des clauses insérées dans ladite adjudication; interprétation qui, dans ce cas seulement, eût été dévolue, aux termes des lois, décrets et arrêts cités par lesdits demandeurs, au pouvoir administratif, et eût excédé les attributions du pouvoir judiciaire; mais que n'en étant pas ainsi, ne s'étant agi tout au contraire que de statuer sur une question relative à l'intérêt isolé desdits demandeurs, la connaissance exclusive en appartient aux tribunaux;

» Attendu 4° que la Servitude réclamée par ladite dame défenderesse, étant fondée sur un titre authentique du 2 juillet 1654, constatant l'acquisition qui en avait été faite à prix d'argent, il n'appartenait non plus qu'au pouvoir judiciaire d'interpréter et de fixer le véritable sens des clauses d'un pareil acte, passé entre un particulier acquéreur, d'une part, et le prieur du prieuré de la Platière, d'autre part; qu'en l'interprétant comme l'a fait la cour d'appel de Lyon, elle n'a point excédé ses pouvoirs, ni par conséquent pu contrevenir à aucune loi;

» Attendu 5° que ladite cour ne s'est ingérée par-là, ni directement ni indirectement, dans l'interprétation de l'adjudication dudit jour 6 juin 1792, puisque ladite dame défenderesse ne s'est jamais opposée à sa pleine et entière exécution;

» Attendu enfin que ne s'agissant ici que de l'établissement d'une simple Servitude acquise à prix d'argent, Servitude suivie d'une possession de près de cent cinquante ans, rigoureusement conforme au titre constitutif d'icelle; ce qui faisait présumer, par une présomption de droit, l'observation préalable de toutes les formalités prescrites pour l'aliénation des biens de l'église; formalités d'ailleurs qui n'ont jamais été requises à l'égard des objets qui, comme celui dont il s'agit, sont d'une très-modique valeur, surtout lorsque le prix de pareille aliénation a été employé, comme dans le cas particulier, en réparations utiles à l'église dudit prieuré; et en jugeant, en conséquence, que ladite Servitude, accompagnée de toutes ces circonstances, était légitimement acquise, ladite cour d'appel de Lyon n'a pu contrevenir à aucune loi;

» Sans s'arrêter à l'incompétence proposée par les demandeurs, la cour rejette le pourvoi..... ».

Avant que cet arrêt fût rendu, les héritiers du sieur Rival s'étaient pourvus au conseil d'état contre l'arrêté du conseil de préfecture du 12 pluviôse an 12; et voici comment il a été statué sur leur recours par un décret du 3 janvier 1813:

» Sur le rapport de notre commission du contentieux; vu la requête qui nous a été présentée par les sieur Hippolyte Hôpital et dame Marie-Michel le Blanchet de Rouville, son pouseé.en leur qualité de co-tuteur et tutrice de Martin Rival de Rouville, leur fils et beau-fils, mineur, et par le sieur Antoine Annet de Rouville, majeur, demeurans à Lyon, ladite requête tendant à ce qu'il nous plaise les recevoir appelans d'un arrêté rendu par le conseil de préfecture du département du Rhône, le 13 pluviôse an 12, qui renvoie devant les tribunaux une contestation pendante entre les supplians et la dame Tempier, veuve Follin, relativement à des jours de vue prétendus par ladite veuve Follin, sur le cimetière de l'ancienne église de la Platière à Lyon, acquis de la nation par les sieurs Antoine Clerc et Matthieu Rival; en conséquence, déclarer ledit arrêté nul, et renvoyer les parties devant l'autorité administrative; vu le susdit arrêté du conseil de préfecture; vu un arrêt de la cour de cassation, du 18 août 1812, qui rejette le pourvoi des sieur et dame Hôpital et consorts, contre deux arrêts de la cour d'appel de Lyon, des 1er août et 11 janvier 1811, qui ont maintenu ladite dame veuve Follin dans la jouissance des Servitudes dont il s'agit; vu le mémoire en réponse produit par la dame veuve Follin, dans lequel elle conclud au rejet de la requête des sieur et dame Hôpital;

» Considérant, d'une part, que les arrêts rendus par la cour d'appel de Lyon ont acquis la force de la chose jugée; que, d'autre part, la vente de l'église et du cimetière de la Platière fut faite à la condition que les acquéreurs auraient à supporter les Servitudes actives et passives; que la dame Follin fondait ses droits sur un acte de 1654, et que, par conséquent, les tribunaux étaient seuls compétens pour statuer;

» Notre conseil d'état entendu, nous avons décrété et décrétons ce qui suit:

» La requête des sieur et dame Hôpital et Antoine Annet de Rouville est rejetée. L'arrêté du conseil de préfecture du département du Rhône, du 13 pluviôse an 12, est confirmé».]]

V. les tit. 2, 3, 4, 5 et 6 du liv. 2 des Institutes; les liv. 7 et 8 du Digeste; le tit. 34 du liv. 3 du Code; *Rei agrariæ auctores legesque variæ, curâ Wil. Goesci, cujus accedunt indices, antiquitates agrariæ et notæ, unà cum Nicolai Rigaltii notis, observationibus et glossario, Amstelodami*, 1674; Cæpolla, *tractatus de Servitutibus, cui accedunt Martini Laudensis et Joannis Superioris commentarii ad leges singulas de Servitutibus; item Antonii Mathæi disputationes 7 de Servitutibus; Gotliebi Gerhardi Titii, de Servitute faciendi, et Christiani Thomasii, de Servitute stillicidii dissertationes. Coloniæ Allobrogum*, 1759; Corasius, *in titulum D de Servitutibus, secunda editio, Lugdini*, 1552; Lugollius, *de Servitutum et libertatis ipsarum usucapione, Parisiis*, 1761; Rœvardus, *de veris usucapionum differentiis, adversùs Tribonianum, liber singularis*; le même, *ad legem Scriboniam, liber singularis*, *Antuerpiæ*, 1561; Davezan, *servitutum liber*

Aureliæ, 1650; Dandini, *de servitutibus prædiorum interpretationes per epistolas*, *Veronæ*, 1741; Springerus, *discursus novus juridicus, de jure ædificii et domûs, ac ratione ædificandi*, *Francofurti*, 1655; d'Astruc, *Traité des Servitudes*, Avignon, 1751 (1); celui de Lalaure; *les lois des bâtimens, par* Desgodets et Goupy [[le *Traité des servitudes, suivant les principes du Code civil*, par M. Pardessus]]; et les articles *Arbre*, *Chemin*, *Habitation*, [[*Mitoyenneté*]], *Usage*, *Usufruit*, *Voisinage*, *Vues*, *etc.* (M. GARRAN DE COULON.)*

* SEXTE. C'est la collection des décrétales, faite par ordre du pape Boniface VIII. On l'appelle *Sexte*, parcequ'elle est intitulée *liber sextus decretalium*, comme si c'était un sixième livre des décrétales qui ont été recueillies par Grégoire IX, en cinq livres. La manière de citer cette collection, est de dire *in Sexto*.

Cette collection comprend les constitutions des papes, publiées depuis celle de Grégoire IX: savoir celles du même Grégoire, d'Innocent IV, d'Alexandre IV, d'Urbain IV, de Grégoire X, de Nicolas III, de Clément IV, de Boniface VIII, par l'ordre duquel cette compilation fut faite.

Boniface VIII employa à ce travail Guillaume de Mandegot, archevêque d'Embrun, Béranger de Frédol, évêque de Beziers, et Ricard de Sienne, qu'il nomma depuis cardinal en 1298. Ce livre fut publié le 3 mars, à la fin de l'an 1298, c'est-à-dire, en 1299, avant Pâques.

Le Sexte n'est reçu ni approuvé en France, où on ne doit l'alléguer ni pour loi ni pour autorité; comme l'a remarqué Lebret dans *ses décisions*. (M. GUYOT.)*

[[SIEUR, SIEURIE. Quel est, dans les anciens titres, le sens propre de ces mots? Désignent-ils, l'un le propriétaire foncier, l'autre la propriété foncière; ou sont-ils synonymes de *seigneur*, de *seigneurie*?

Ces questions ont été agitées dans l'espèce suivante.

L'abbaye de Saint-Ouen, était, de temps immémorial, propriétaire d'une forêt nommée anciennement la *Sylveson*, et depuis la *Verte-Forêt*. Les habitans de dix-sept communes riveraines de cette forêt y avaient des droits d'usage fort étendus, qu'ils tenaient de la concession de l'abbaye, et pour lesquels ils lui payaient annuellement des redevances.

En 1551, il fut passé, entre l'abbaye et les dix-sept communes, une transaction par laquelle 900 acres de cette forêt furent abandonnées à celles-ci pour leurs usages, avec la réserve, en faveur des religieux, *du droit de* SIEURIE, *amendes, rentes, forfaitures, confiscation et autres droits* SIEURIAUX.

En 1552, il intervint, sur cette transaction, un jugement du commissaire député pour la réformation et le réglement de la Verte-Forêt, qui en confirma les dispositions, sauf qu'au lieu de 900 acres, il en abandonna 908 aux habitans.

En 1581, le 15 juin, un arrêt provisoire et interlocutoire du parlement de Rouen prononça sur quelques difficultés survenues entre l'abbaye et trois de ces communes, celles de Quinquempoix, Neauville et Bosquerard, tant sur le paiement et la quotité des rentes dues par les habitans, que sur le point de savoir si, depuis 1551, l'abbaye n'avait pas distrait quelques portions de bois *des 908 acres limités aux usagers et coutumiers*.

Le 31 juillet 1663, un autre arrêt de la même cour, rendu entre l'abbaye et les communes de Quiquempoix et de Neauville, condamna *chacun tenant feu et lieu auxdites paroisses, vassal et non vassal dudit abbé de Saint-Ouen, de lui payer en essence, à cause des droits d'usage et pâturage qu'ils ont dans la coutume de la Verte-Forêt, conformément au coutumier d'icelle, à savoir, ceux de la dite paroisse d'Isneauville, une mine d'avoine, etc.*

Le 7 mai 1668, un troisième arrêt ordonna l'exécution du précédent.

Depuis, les dix sept communes continuèrent de jouir paisiblement de 908 acres; mais, soit incendie ou autre force majeure, soit malversation de la part des habitans, tout le bois disparut; et ce vaste terrain ne servit plus qu'au pâturage des bestiaux.

Après la suppression de l'abbaye de Saint-Ouen, des soumissionnaires se sont présentés pour acquérir, conformément à la loi du 28 ventôse an 4, différentes portions de cette grande propriété.

Les dix-sept communes y ont formé opposition; mais le 29 floréal an 9, un arrêté du conseil de préfecture du département de la Seine-Inférieure a ordonné, sans y avoir égard, qu'il serait passé contrat aux soumissionnaires.

Le préfet du département a cru devoir sou-

(1) On n'a fait aucun usage de ce livre, qu'on n'a pu trouver à Paris: mais on croit toujours le devoir indiquer. Il en est de même du traité *de Servitutibus* de Peckius, qui est cité par Dunod, dans son *Traité des prescriptions*, et par d'autres auteurs: et de celui de Ber. Gammar, qui est indiqué par Brillon, au mot *Servitude*.

mettre cet arrêté à l'approbation du gouvernement ; et le 29 frimaire an 10, le gouvernement a prononcé en ces termes :

« L'arrêté du 27 floréal an 9 est confirmé.

» En conséquence, ledit arrêté sera, à la diligence du préfet du département de la Seine-Inférieure, notifié sans aucun retard aux propriétaires et habitans des dix-sept communes limitrophes de la Verte-Forêt, avec sommation de donner, dans le délai de trois mois, leur acquiescement au même arrêté ; et déclaré qu'en cas de refus ou silence de leur part, ils seront par lui poursuivis devant les tribunaux, à l'effet de les faire débouter de toutes prétentions sur les 908 acres de terre dont il s'agit.

» Entre temps, il est sursis à la passation des contrats sur les soumissions ».

D'après cet arrêté, trois des dix-sept communes, celles de Pibeuf, Vieux-Rue et Saint-André-sur-Cailly, ont signifié leur acquiescement à celui du conseil de Préfecture. Mais les quatorze autres persistant dans leur opposition, le préfet du département de la Seine-Inférieure les a fait assigner devant le tribunal de première instance de Rouen, *pour se voir débouter de toutes prétentions sur les* 908 *acres*.

Le 5 nivôse an 12, jugement qui déclare le préfet *mal fondé dans son action*. Appel.

La cause portée à l'audience de la cour d'appel de Rouen, le préfet soutient

1° Que la propriété des 908 acres appartenait avant 1789 à l'abbaye de Saint-Ouen, et qu'elle appartient aujourd'hui à la nation ;

2° Que les habitans y ont bien eu des droits d'usage, mais qu'ils les ont perdus par la destruction de la forêt ;

3° Que d'ailleurs, ne payant plus depuis long-temps les rentes auxquelles ils étaient assujétis comme usagers, leurs droits d'usage doivent, par cela seul, être considérés comme éteints.

Les quatorze communes répondent

1° Que la transaction de 1551 et le jugement de 1552 leur ont transféré la pleine propriété des 908 acres, en échange des droits d'usage qu'ils avaient sur la totalité de la Verte-Forêt ;

2° Que la destruction des bois qui existaient en 1551 et 1552 sur les 908 acres, n'a pas pu leur ôter la propriété du fonds ;

3° Qu'ils avaient payé les rentes jusqu'en 1789, et qu'ils offrent de les payer encore, s'il est jugé qu'elles ne sont pas supprimées comme féodales.

Le 27 messidor an 12, arrêt par lequel,

« Considérant que les conclusions prises devant le premier juge, ne donnent à juger sur l'appel, comme en première instance, que la seule question de savoir *si les habitans doivent être déboutés de toutes prétentions sur les* 908 *acres de terre dont il s'agit, et si défenses doivent leur être faites d'user desdites* 908 *acres de terre ;*

» Que, sur cette question, la cour, qui n'a point la puissance législative et qui ne peut juger que les titres et droits des parties d'après l'état actuel de la législation sur la matière, n'a point à considérer jusqu'à quel point l'avantage de rendre à la culture des terrains communaux, doit l'emporter sur celui de conserver à un grand nombre de communes la facilité de nourrir des bestiaux nombreux, de faire beaucoup plus d'engrais à leurs terres labourables, d'augmenter d'autant la valeur intrinsèque et la valeur productive de ces mêmes terres, et d'alimenter plus abondamment la grande cité qui les avoisine ; que les lois qui nous régissent, et qui doivent être pour la cour la base de sa décision, maintiennent avec autant de scrupule les droits des communes usagères que les propriétés particulières : loi du 20 septembre 1790, art. 8 ; loi du 13 avril 1791, art. 10 ; loi du 28 août 1792, art. 1, 5 et 8 ; loi du 10 juin 1793, sect. 4, art. 1 ; qu'il résulte de ces diverses lois auxquelles il n'a été dérogé par aucune loi postérieure, non-seulement que les droits des communautés usagères sont maintenus, respectés et formellement consacrés comme droits légitimes et inviolables, auxquels il ne peut être porté aucune atteinte *au préjudice desdites communautés* ; mais que toute faveur leur est due et que leurs réclamations doivent être particulièrement protégées ; que l'art. 1, sect. 1, de la loi du 10 juin 1793 et l'art. 412 du Code civil définissent les biens communaux, *ceux à la propriété ou au produit desquels les habitans d'une ou de plusieurs communes ont un droit acquis* ; que, suivant l'art. 543 du même Code, on peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre ; que ces divers droits avoués et reconnus par la loi, sont tous également sous sa sauvegarde ;

» Considérant, en fait, que le droit des intimés dans et sur la Verte Forêt, dont les abbé et religieux de Saint-Ouen étaient seigneurs tréfonciers, au droit de leur baronnie de Saint-Ouen, se perd dans la nuit des temps ; que ce droit consistait en des usages fort étendus, puisqu'il comprenait le pâturage dans toute la forêt, et le droit d'y prendre, par chaque habitant usager, du bois pour son chauffage ; que cet usage appartenait aux habitans à titre onéreux, puisqu'à raison de

ce même usage, chacun d'eux, vassal ou non vassal, payait une rente aux abbé et religieux de Saint-Ouen; que les abbé et religieux de Saint-Ouen ne pouvaient se rédimer de ce droit d'usage antique, immémorial, qui affectait l'universalité de leur forêt, et qui appartenait aux communiers à titre onéreux, que par l'effet d'un arrangement convenu avec lesdits communiers, et qui leur assurât une juste indemnité; que cet arrangement, provoqué depuis plusieurs années par l'intérêt même des religieux, et préparé par plusieurs expédiens successivement proposés, fut enfin consommé en 1551 et 1552, sous l'autorité d'un commissaire délégué par le prince, agissant au nom du gouvernement, et revêtu, pour cette commission, de tout ce qui constitue le suprême pouvoir; que, par l'effet de cet accord, précédé de lettres-patentes enregistrées au ci-devant parlement de Normandie, le droit universel d'usage ayant jusqu'alors appartenu aux habitans des dix-sept paroisses; sur et dans toute l'étendue de la Verte-Forêt, fut converti en un droit compensatoire accordé à ces mêmes habitans, de *s'ejouir* seuls, et sans aucun concours avec les abbé et religieux de Saint-Ouen, du produit entier de 908 acres faisant partie de la Verte-Forêt; que cette restriction du droit ancien, quant à son étendue, cette transformation du droit ancien en un objet plus resserré, mais exclusif, avait moins pour objet et pour but l'avantage des habitans qui ne recevaient qu'une légitime indemnité, que celui des religieux, qui se mettaient à l'abri de toute dévastation ultérieure, et cédaient une portion de la forêt usagère, pour ne pas perdre le tout; que, dès-lors, ce n'était point ici, de la part des religieux, un acte qui eût les caractères et les effets d'une aliénation, mais un accord, un accommodement, une véritable transaction; que cet accord, qui a reçu le sceau et l'approbation de l'autorité souveraine, est légitime et valable; que les habitans qui avaient payé des rentes pour prix de leur droit d'usage sur la totalité de la forêt, devaient ces mêmes rentes pour raison de l'indemnité qui leur était accordée, et qu'il fut ainsi convenu; que, dès-lors, en même temps que les abbé et religieux de Saint-Ouen renonçaient à toute concurrence, à toute jouissance quelconque, à tout droit autre que la *Sieurie*, sur le terrain abandonné, qu'ils renonçaient à tous et à chacun des droits dont ils avaient usé et pu user jusqu'alors, celui d'y faire pâturer leurs bestiaux, d'y prendre du bois pour leur chauffage, d'y faire des coupes, soit ordinaires, soit extraordinaires, il fallait bien que, pour plus grande sûreté des rentes dont ils restaient créanciers, et pour que les habitans eussent toujours intérêt de continuer ces rentes, il fût enjoint auxdits habitans de ne point abuser du terrain abandonné et de s'en *éjouir* en bons pères de famille; que, du reste, celui-là a la chose qui peut en percevoir exclusivement tout le produit, et non celui qui ne s'y réserve rien, absolument rien de fructueux et d'utile; que, sans chercher, avec la certitude de n'acquérir sur cela que des données fort incertaines, ce que signifiait, dans les temps anciens, ces mots *Sieurie* et *droits sieuriaux*, il est évident qu'ils signifiaient, pour le seigneur, *seigneurie*, *droits seigneuriaux*, *le domaine direct et ses effets*; et que, pour celui qui, n'étant pas seigneur, fieffait, baillait à rente, sans se rien réserver du produit utile, ils signifiaient ce *domaine actif*, ce *domaine de regard et de surveillance*, ce *droit réipersécutoire* que lui donnait sur le fonds la qualité de créancier foncier; qu'ainsi, les abbé et religieux de Saint-Ouen avaient originairement ou inféodé comme seigneurs, ou baillé à rente comme propriétaires; que, dans le premier cas, par l'effet de leur réserve, ils ont conservé la seigneurie ou domaine direct; que, dans le second cas, ils ont conservé le droit qu'a tout créancier foncier sur l'objet affecté à sa rente; mais que, dans l'un comme dans l'autre, la superficie du sol dont le produit entier était, sans aucune restriction, sans aucune réserve, abandonné aux habitans à charge de rente, et conséquemment à titre onéreux, est devenue leur chose, leur propriété exclusive; que, sous l'un et l'autre rapport, la réserve des religieux, bornée et limitée à la *Sieurie et droits sieuriaux*, suppose nécessairement l'abandon de la propriété utile;

» Considérant que, si cet accord de 1551 n'a point été nommé *cantonnement*, parce que cette dénomination n'existait pas encore, il n'en a pas moins les véritables effets: 1° celui de décharger de l'usage dont elle était grévée, la portion de la forêt conservée aux religieux; 2° celui de détacher de cette forêt, au profit exclusif des habitans, une portion de cette même forêt, qui, de ce moment, supporte seule leurs usages, dont ils ont tout le produit, et sur laquelle les religieux ne conservent aucun droit utile; que telles sont évidemment les conséquences résultantes des divers titres énoncés dans le jugement dont est appel, au défaut du titre primitif qui n'est point connu, lesquels titres sont 1° le *livre des jurés* ou le *coutumier de la Verte-Forêt*, rédigé

en 1291 ; 2° la charte du roi Jean ou arrêt du conseil du mois de février 1355 ; 3° la transaction de 1551 ; 4° le jugement d'homologation du 2 mai 1552 ;

» Considérant que ces divers titres et notamment la transaction de 1551 et le jugement de 1552, sont pour la nation qui se présente aux droits des religieux, ce qu'ils seraient pour les religieux eux-mêmes, s'ils existaient encore; que, depuis ce temps jusqu'à présent, pendant deux siècles et demi, ces titres ont eu leur exécution de la part des religieux, qui ont perçu leurs rentes, sans jamais rien prétendre ni au pâturage ni à aucun autre produit du terrain abandonné, et se sont restreints à la jouissance de la portion de forêt qu'ils s'étaient réservée ; et de la part des habitans, qui ont payé les rentes, et ont profité, exclusivement aux religieux, de tout le produit en bois et pâturages des 908 acres de terre ;

» Considérant que ce double droit résultant des titres respectifs des parties, et cette double possession résultante de leur jouissance respective aux termes de ces mêmes titres, ont été confirmés par l'arrêt de 1663, à une époque où les 908 acres de terre étaient en grande partie dépouillées de bois et se réduisaient, en grande partie et peut-être en totalité, à des simples bruyères pour le chauffage, et à un simple pâturage pour les bestiaux ; que, depuis comme avant cet arrêt, les rentes ont été perçues par les religieux, et le produit plus ou moins utile des 908 acres a été profité par les habitans, à l'exclusion des religieux; que cette longue et invariable possession, avouée et reconnue au procès, et conforme aux titres, n'est point une possession précaire, puisqu'elle est fondée sur un titre perpétuel, transmis à titre onéreux, sans aucune restriction ni réserve ;

» Considérant, dès lors, que le droit des habitans, qui remonte aux siècles les plus reculés de la monarchie française, les titres nombreux et bien concordans entr'eux qui ont été produits au procès, la longue et immémoriale possession dont ils ont été suivis, se réunissent en faveur des intimés pour justifier le droit d'usage par eux réclamé, et constituent *bien communal*, qui leur appartient, aux termes de l'art. 1, sect. 1, de la loi du 10 juin 1793, de l'art. 1, sect. 4, de la même loi, et des art. 542 et 543 du Code civil, les 908 acres de terre qui sont l'objet de la contestation; que la prétention des habitans, qui tend à se conserver ce bien communal, au produit duquel ils ont un droit bien incontestablement acquis, est légitime et fondée ; et que l'action tendante à les en faire débouter, ne peut être accueillie;

»Considérant que l'appelant ne forme point de demande tendante à la déchéance; mais qu'en supposant cette déchéance encourue, il s'en fait un moyen, un motif sur l'appel, à l'appui de ses conclusions ; qu'il n'y a point, conséquemment, de demande nouvelle formée à cet égard sur l'appel ; qu'au surplus, cette déchéance n'est point de droit, et qu'il n'existe aucun jugement qui la prononce ;

» Considérant que le droit d'usage ne consistait pas seulement dans le droit d'user du bois existant sur les 908 acres de terre, mais encore dans le droit de pâturage, plus utile peut-être pour les habitans, puisqu'il est perpétuel et à l'abri des dévastations qui minent toujours les bois communaux ; d'où il suit qu'il n'y a pas lieu, dans l'espèce, à l'application des lois et principes qui règlent l'effet de l'extinction totale de l'usufruit ;

» Considérant enfin que les règles sur l'usufruit supposent la propriété utile dans la main d'un tiers, et qu'elles sont d'ailleurs inconciliables avec les lois de 1790, 1791, 1792 et 1793, qui maintiennent les droits des usagers sur les communes, quel que soit leur état actuel plus ou moins productif, même sur les landes et bruyères, même sur les terres devenues vaines et vagues, parce qu'elles ont été entièrement dépouillées ;

» La cour (d'appel de Rouen), en accordant acte de signification des communes de Pibeuf, Vieux-Rue et Sainte-André-sur-Cailly, en date du 26 germinal an 10 ; en accordant pareillement acte des déclarations et reconnaissances contenues dans les conclusions prises en réplique par les intimés, dit qu'il a été bien jugé ; mal et sans grief appelé, ordonne que le jugement dont est appel sortira son effet.... »

Le préfet du département de la Seine Inférieure se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

« Le premier pas à faire dans la discussion à laquelle notre ministère nous appelle aujourd'hui (ai je dit à l'audience de la section des requêtes, le 3 mars 1806), est de bien fixer les points que l'on doit regarder comme véritablement jugés par l'arrêt qui vous est dénoncé.

» Cet arrêt juge très-clairement que, sur les 908 acres qu'il a pour objet, il appartient des droits aux quatorze communes contre lesquelles le préfet du département de la Seine-Inférieure s'était pourvu au nom du gouvernement, et que ces quatorze communes n'en sont pas déchues.

» Mais quelle est la nature des droits que

les quatorze communes sont jugées avoir sur ces 908 acres? Y ont-elles, suivant l'arrêt, les droits de la propriété, ou n'y ont-elles que ceux de l'usage? C'est ce que nous avons à déterminer; et pour cela, il faut remonter à l'origine de la contestation.

» La contestation a sa source dans les soumissions de différens particuliers qui, après la publication de la loi du 28 ventôse an 4, s'étaient présentés pour acquérir, comme biens nationaux, un grand nombre de portions des 908 acres. Les communes, qui jusqu'alors avaient joui de la totalité, se sont opposées à ces soumissions, comme tendantes à les dépouiller d'un bien dont elles étaient propriétaires, et sur lequel on ne pouvait du moins nier qu'elles n'eussent, de temps immémorial, exercé paisiblement des droits d'usage. Vous savez quel a été le sort de cette opposition : elle a été rejetée par un arrêté du conseil de préfecture du département de la Seine-Inférieure, du 29 floréal an 9, qui tout à la fois a déboute les communes *de toutes prétentions sur la propriété foncière* des terrains dont il s'agit (ce sont ses propres termes), et a ordonné qu'il serait passé contrat aux soumissionnaires.

» Cet arrêté jugeait nettement deux choses : la première, que les communes n'étaient pas propriétaires des 908 acres; la seconde, qu'elles ne pouvaient plus jouir, sur ce terrain, des droits d'usage dont elles y avaient autrefois joui; et s'il eût reçu purement et simplement son exécution, tout se serait là terminé.

» Ce qu'il y a de singulier, c'est que les communes ne l'ont pas attaqué, qu'il n'a été déféré au gouvernement que par le préfet du département de la Seine Inférieure, et qu'il ne l'a été que pour en obtenir la confirmation.

» Le gouvernement l'a effectivement approuvé le 29 frimaire an 10; mais, tout en l'approuvant, il a cru devoir ouvrir aux communes une voie pour discuter leurs réclamations devant les tribunaux; et dans cette vue, il a ordonné que celles qui, dans les trois mois de la signification de cet arrêté, n'y auraient pas donné leur acquiescement, seraient assignées en justice, à la requête du préfet, *pour se voir débouter de toutes prétentions sur les* 908 *acres*.

» Qu'a entendu le gouvernement par ces mots: *pour se voir débouter de toutes prétentions* ? Bien certainement ces mots étaient, dans son intention, synonymes de ceux-ci: *pour voir dire qu'elles ne sont fondées, ni à se prétendre propriétaires des* 908 *acres, ni à y continuer leurs droits d'usage*; et ce qui le prouve incontestablement, c'est que le gouvernement avait débuté par dire : *l'arrêté du conseil de préfecture, du 29 floréal an 9, est confirmé*; disposition qui signifiait, en d'autres termes, que le gouvernement pensait, comme le conseil de préfecture, que les 908 acres appartenaient en propriété au domaine de l'État, et que les communes avaient cessé d'en être usagères; d'où il suit nécessairement qu'en chargeant le préfet de citer les communes devant les tribunaux, *pour se voir débouter de toutes prétentions sur les* 908 *acres*, le gouvernement n'a point eu d'autre but que de faire sanctionner par le pouvoir judiciaire l'opinion qu'il s'était formée, et de la non-propriété des communes, et de la cessation de leurs droits d'usage.

» Cela posé, on voit tout de suite à quoi tendaient les conclusions prises par le préfet dans son exploit introductif d'instance, à ce que les quatorze communes qui n'avaient pas donné leur assentiment à l'arrêté du 29 floréal an 9, fussent *déboutées de toutes prétentions sur les* 908 *acres de terre* dont il s'agissait, et à ce qu'en conséquence, il leur fût *fait défense d'user desdits* 908 *acres* : bien évidemment le préfet demandait par ces conclusions, qu'il fût dit, et que les quatorze communes n'étaient pas propriétaires, et qu'elles étaient déchues de leur droit d'usage; bien évidemment il soumettait au jugement des tribunaux deux questions distinctes : l'une, si la propriété des 908 acres appartenait aux quatorze communes; l'autre, si les quatorze communes, supposées réduites à la qualité d'usagères, avaient conservé les droits attachés a cette qualité.

» Et cela résulte, non-seulement de la mission que le préfet avait reçue du gouvernement, de former ces deux demandes, de faire juger ces deux questions, mais encore des propres termes dans lesquels ses conclusions étaient présentées; car il concluait à ce que les quatorze communes fussent déboutées de *toutes prétentions*; et ces mots *toutes prétentions* étaient trop généraux, trop indéfinis, pour ne pas comprendre toutes les prétentions que les quatorze communes avaient manifestées par leur opposition à ce qu'il fût passé contrat aux soumissionnaires, toutes les prétentions que le conseil de préfecture avait proscrites en rejetant cette opposition, toutes les prétentions que le gouvernement avait considérées lui-même comme mal fondées, en confirmant l'arrêté du conseil de préfecture.

» Et ce qui démontre invinciblement que les deux parties avaient ainsi entendu ces

conclusions, même en première instance, c'est qu'elles y ont toutes deux agité, dans les plus grands détails, la double question de savoir si les habitans des quatorze communes étaient propriétaires, ou si du moins elles étaient usagères.

» Que fallait-il, d'après cela, pour prononcer comme l'a fait le tribunal de première instance, c'est-à-dire, pour déclarer le préfet purement et simplement *mal fondé dans son action*? Suffisait-il de juger que les quatorze communes n'étaient, à la vérité, qu'usagères, mais qu'elles n'avaient pas encouru la déchéance de leur droit d'usage? Non certes : les quatorze communes n'avaient pas seulement la prétention d'un droit d'usage, elles avaient encore celle de la propriété; l'action du préfet tendait donc à ce que les quatorze communes fussent déboutées de leur prétention à la propriété, comme de leur prétention au droit d'usage; on ne pouvait donc pas déclarer le préfet *mal fondé dans son action*, sans juger que les quatorze communes étaient propriétaires.

» Aussi le préfet n'a-t-il pas manqué, en cause d'appel, de faire sentir combien était irréfléchi le prononcé des premiers juges, et de conclure à ce qu'il plût au tribunal supérieur, *faisant droit sur l'appel, au regard des quatorze communes litigantes, mettre l'appelation et ce au néant; corrigeant et réformant*, DÉCLARER LA NATION PROPRIÉTAIRE DU FONDS DONT IL S'AGIT; *au surplus, jugeant que les droits d'usage sont éteints, débouter les quatorze communes de toutes prétentions sur les fonds contentieux, et les condamner aux dépens des causes principale et d'appel.*

» Assurément, par ces conclusions, qui n'étaient qu'explicatives de celles qu'il avait prises en première instance, et qui, par conséquent, n'avaient pour le juge d'appel aucun caractère de nouveauté, le préfet avertissait assez la cour de Rouen que son action portait sur deux chefs séparés et qui ne devaient pas être confondus; que le premier et le principal de ces deux chefs était la propriété des 908 acres; que le second chef, le droit d'usage, n'était qu'un objet accessoire et secondaire; et que, dans le cas où l'on eût jugé son action mal fondée dans son second chef, on devait au moins l'accueillir dans le premier.

» Il est certain en effet que, si le préfet avait étendu trop loin ses demandes, ce n'était pas une raison pour les rejeter en totalité. En demandant trop (nous le supposons pour un moment), il demandait nécessairement ce à quoi il pouvait légitimement prétendre; c'est la conséquence du principe, que le moins est renfermé dans le plus. On ne pouvait donc pas rejeter indéfiniment son action, sans juger non-seulement que les quatorze communes n'étaient pas déchues de leurs droits sur le terrain litigieux, mais encore que leurs droits n'étaient pas réduits à un simple usage, et qu'ils s'étendaient jusqu'à la propriété.

» Et dans le fait, l'arrêt attaqué prouve, par sa propre teneur, que tels sont les deux points qu'il a réellement jugés, en confirmant le jugement du tribunal de première instance. Il dit bien dans ses *considérant*, que les droits d'usage des communes ne sont pas moins sacrés que les propriétés particulières; mais il ne le dit que relativement aux droits primitifs d'usage que les quatorze communes avaient sur la Verte-Forêt; il ne le dit que dans la vue d'établir que rien n'est plus légitime, plus régulier, plus respectable, que l'opération par laquelle, en 1551, les droits d'usage des quatorze communes ont été, suivant la cour d'appel, convertis en propriété. Et cette conversion des droits primitifs d'usage en propriété, il la fait résulter principalement de deux circonstances : la première, qu'en 1551, les abbé et religieux de Saint-Ouen ne se sont réservé, sur les 908 acres de bois, que *la Sieurie et les droits Sieuriaux*, réserve, dit-il, *qui suppose nécessairement l'abandon de la propriété utile*; la seconde, qu'à la même époque, les abbé et religieux de Saint-Ouen ont cédé aux communes usagères la totalité des produits des 908 acres de bois, et que, par cette cession, ils leur en ont transféré la propriété, puisque *celui-là a la chose* (ce sont les propres termes de l'arrêt) *qui peut en percevoir exclusivement tout le produit, et non celui qui ne s'y réserve rien, absolument rien de fructueux et d'utile.*

» Nous savons bien que les motifs d'un arrêt ne constituent pas l'arrêt même, et qu'un arrêt mal motivé peut n'en être pas moins bon en soi. Mais nous savons aussi que les motifs d'un arrêt sont le commentaire le plus sûr et le moins équivoque de son dispositif; et que, toutes les fois que des doutes s'élèvent sur le sens dans lequel doit être entendu le dispositif d'un arrêt, c'est aux motifs que l'on doit se reporter pour en avoir l'interprétation.

» Et ici, non-seulement les motifs de l'arrêt manifestent l'intention de la cour d'appel de Rouen de juger, contre le domaine de l'État, la question de propriété; mais son dispositif n'est pas même douteux : considéré isolement, il décide tout ce que ses motifs annoncent qu'il va décider; il décide que le préfet est *mal fondé dans son action* tendante à ce que

les quatorze communes soient déboutées de toutes les prétentions qu'elles avaient élevées devant le conseil de préfecture ; il décide que, parmi toutes ces prétentions, il n'en est aucune dont les communes doivent être déboutées : il décide conséquemment que les quatorze communes sont propriétaires ; et par une conséquence ultérieure, il décide que le domaine public ne pourrait pas, dans la suite, même en reconnaissant les quatorze communes pour usagères, se pourvoir contr'elles en cantonnement.

» Enfin, messieurs, il n'échappera pas à vos lumières, qu'il y a une très-grande différence entre conclure à ce que les quatorze communes soient déclarées n'avoir *aucune prétention* sur les 908 acres, et conclure à ce que les quatorze communes soient déboutées de toutes leurs prétentions sur ces terrains.

» Si le préfet s'était borné à conclure à ce qu'il fût dit que les quatorze communes n'avoient aucune prétention sur les 908 acres, il eût suffi, pour rejeter son action, de juger que les communes avaient sur les 908 acres un simple droit d'usage, parceque, du moment qu'elles y avaient un droit de cette nature, on ne pouvait pas juger qu'elles n'y avaient aucune prétention ; et dans ce cas, la question de la propriété serait restée entière.

» Mais le préfet a conclu, et il a conclu expressément, à ce que les communes fussent déboutées de toutes leurs prétentions sur les 908 acres ; et, encore une fois, leurs prétentions embrassaient cumulativement l'usage et la propriété. Donc, juger l'action du préfet mal fondée, c'est juger que les communes sont, non-seulement usagères, mais encore propriétaires. Donc la question de propriété est, comme celle de l'usage, tranchée par l'arrêt attaqué. Donc cette question ne pourrait plus être reproduite par le gouvernement, si l'arrêt attaqué était maintenu.

» Nous voilà donc bien fixés sur les points jugés par l'arrêt dont la cassation vous est demandée par le préfet de la Seine inférieure ; et il ne s'agit plus que d'examiner les questions auxquelles est subordonné le succès de cette demande.

» Ces questions sont très-multipliées ; mais il en est une principale à laquelle tiennent toutes les autres. L'arrêt attaqué a-t-il violé quelque loi, en jugeant que les quatorze communes sont propriétaires des 908 acres dont il s'agit ? Cette question exige de notre part, beaucoup de détails et de développemens.

» Vous savez que, pour juger les quatorze communes propriétaires, la cour d'appel de Rouen s'est uniquement fondée sur la transaction de 1551 et le jugement de 1552.

» Mais, vous le savez aussi, elle a reconnu elle-même qu'avant cette transaction et ce jugement, les quatorze communes n'étaient qu'usagères ; et c'est assez dire que, si ce jugement et cette transaction n'ont pas clairement et littéralement converti en propriété l'usage des quatorze communes, les quatorze communes sont restées usagères après ce jugement, après cette transaction, comme elles l'étaient auparavant.

» Est-il donc vrai que, par ce jugement et cette transaction, les quatorze communes, d'usagères qu'elles étaient précédemment, ont été clairement et littéralement déclarées propriétaires ?

» Pour bien saisir l'objet et le sens de l'un et de l'autre acte, il importe, avant tout, de remonter à la jurisprudence qui, dans le temps où ils ont été faits, réglait les droits respectifs des seigneurs et des habitans, en matière de biens et d'usage communaux.

» Cette jurisprudence n'était pas alors la même en tout point, que nous l'avons vue depuis. Quand on voulait alors faire cesser, dans une certaine partie d'un bois, l'exercice des droits que les usagers avaient indéfiniment sur l'universalité, ce n'était point par *cantonnement*, mais par *aménagement* ou *réserve* que l'on procédait pour arriver à ce but... (1).

» C'est déjà une puissante raison de présumer que la transaction de 1551 et le jugement de 1552 n'établissent pas un cantonnement, mais un simple aménagement, une simple réserve ; et que, par conséquent l'un et l'autre actes laissent entre les mains de l'ancien propriétaire, le domaine foncier de la *Verte-Forêt* dans laquelle ils en circonscrivent les usagers. Mais cette présomption va singulièrement s'accroître, ou, pour mieux dire, elle va se changer en certitude, à la vue des opérations préliminaires de ces deux actes.

» Le 15 février 1546, François Ier adresse au premier de ses conseillers au parlement de Rouen, des lettres-patentes expositives que le cardinal de Lorraine, abbé de Saint-Ouen et de Fécamp, lui a remontré que de ces deux abbayes dépendent plusieurs forêts, *auxquelles les habitans circonvoisins, sous prétexte qu'ils y prétendent droit d'usage, font journellement, prodigalement et indifféremment, de grandes et excessives coupes, abattis et démolitions de bois, tant de haute-futaie que autres; au moyen de quoi, lesdites forêts sont amenées à grande diminution, ruine, désola-*

(1) *V.* l'article *Communaux*, §. 4.

tion ; et pire pourra venir, si sur ce n'était promptement pourvu de remède convenable.

» *Pour y pourvoir*, en effet, le roi veut, *ses ordonnances sur le fait des eaux et forêts de son royaume être inviolablement gardées, comme très-utiles et nécessaires pour le bien public, et les droits desdites abbayes étant de fondation royale et dont il est protecteur, être conservés en leur intégrité.* En conséquence, il députe et commet le magistrat à qui il s'adresse, pour réformer bien et dûment lesdites forêts, *suivant les susdites ordonnances; et à cet effet*, ajoute-t-il, *vous transporter sur les lieux que besoin sera ; et là, faire faire par le premier notre huissier ou sergent requis, exprès commandement de par nous aux prétendans ledit droit d'usage, qu'ils aient, dedans le certain temps que vous leur fixerez, à apporter et mettre devant vous les lettres, titres et exploits par vertu desquels ils prétendent droit, sur peine d'être privés de leursdites prétentions...., et ceux que vous trouverez être fondés en bons et suffisans titres et possession valable en droit d'usage èsdits bois et forêts*, RÉDUISEZ, MODÉREZ ET LIMITEZ ICELUI DROIT D'USAGE, SELON NOSDITES ORDONNANCES ; *en faisant exprès commandement, de la part que dessus, aux dessusdits ayant le droit d'usage, d'observer nosdites ordonnances et ce que par vous aura été fait en cet endroit, conformément à icelles, sur peine d'être privés de leurdit droit d'usage ; et l'amende arbitraire, selon l'exigence des cas.*

» Ces lettres-patentes n'ont pas besoin de commentaire : leur objet est clairement déterminé; c'est, non pas d'intervertir le titre des usagers, de substituer dans leur personne un droit de propriété à un droit d'usage, de faire ce qu'un siècle et demi après, on a appelé un *cantonnement* ; mais de *réduire, modérer et limiter icelui droit d'usage selon les ordonnances*, c'est-à-dire, selon le mode prescrit pour la première fois par Philippe-le-Hardi, en 1280, et constamment observé depuis; mais de faire un simple aménagement; mais de soustraire, par une simple réserve, une portion des bois à l'usage des *habitans circonvoisins* ; mais, en un mot, de laisser les usagers dans leur état d'usagers, et de borner l'exercice de leurs droits.

» Assurément si c'est à ces lettres patentes que l'on doit rapporter, comme à leur source primitive, et la transaction de 1551 et le jugement de 1552, il est impossible d'imaginer que, par cette transaction et ce jugement, on ait voulu faire autre chose que ce qu'ordonnaient, que ce que permettaient les lettres-patentes elles-mêmes.

» Or, que l'on ait transigé en 1551, et que le jugement de 1552, ait été rendu, en exécution de ces lettres-patentes, c'est une vérité que vont mettre dans le plus grand jour tous les actes dont ces lettres-patentes ont été suivies.

» Le 9 mai 1547, le cardinal de Lorraine craignant et mal à propos sans doute, que les lettres-patentes du 15 février 1546 n'aient perdu leur force par la mort de François Ier, en obtient de nouvelles du roi Henri II, qui les confirme et ordonne qu'elles seront exécutées.

» Le cardinal de Lorraine meurt, sans que l'opération ordonnée par les unes et les autres, ait été terminée ni même bien avancée. Le cardinal de Vendôme, son successeur s'adresse au roi qui les renouvelle le 19 octobre 1550, et les adresse nommément à M. Leconte, conseiller au parlement de Rouen, en le chargeant spécialement de procéder au réglement et à la réformation de la Verte-Forêt, suivant les lettres-patentes du 15 février 1546.

» M. Leconte s'occupe de sa mission, et rend des ordonnances qui tendent à cette fin. Mais six des dix-sept communes usagères de la Verte-Forêt, en appelent et le récusent.

» L'affaire est évoquée au conseil, et par lettres-patentes du 18 février 1550 (l'année commençait alors à Pâques), elle est renvoyée au parlement de Paris.

» Là, il intervient, le 2 septembre 1551, un arrêt dont il importe de mettre les termes sous vos yeux :

» *Entre les manans et habitans de la paroisse de Quinquampoix, etc.*, PRÉTENDANT DROIT D'USAGE ET DE COUTUME EN LA VERTE-FORÊT, *appelans de Me Leconte, conseiller au parlement de Rouen, commissaire député par le roi en cette partie, d'une part ; et le cardinal de Vendôme, abbé de Saint-Ouen, dudit Rouen, les religieux, prieur, et couvent de ladite abbaye, et ledit Me Leconte...., intimés, d'autre part ;*

» *Après que Mango pour les appelans, Dethou et Ruze pour les intimés, ont été d'accord de l'appointement qui ensuit, appointé est, ouï sur ce le procureur général du roi, que les appellations et ce dont est appelé mis au néant et sans amende ; les parties sont renvoyées et les renvoie la cour pardevant le premier des conseillers audit parlement de Rouen, autre que ledit Leconte, et sauf à récuser, s'il y échet*, POUR PROCÉDER AU RÉGLEMENT ET RÉFORMATION DE LADITE *Verte-Forêt, suivant les lettres-patentes du roi*, DES 15 FÉVRIER 1546 ET 19 OCTOBRE 1550, *et selon les derniers erremens et procédures faites entre lesdites parties au fait dudit réglement et ré-*

formation, encommencées à faire par ledit Leconte....

» Sur cet arrêt, une commission est expédiée le même jour; et dès le 15 du même mois, elle est remise à M. Debordeaux, conseiller au parlement de Rouen. Ce magistrat ouvre à l'instant un procès-verbal en tête duquel il transcrit sa commission avec l'arrêt; et sans délai ultérieur, il rend une ordonnance pour faire assigner devant lui les habitans des dix-sept communes *prétendans droit d'usage et coutume en la Verte-Forêt*, APPARTENANT *aux-dits religieux, abbé et couvent.* Les assignations sont données, en conséquence, *aux paroissiens, manans et habitans des paroisse prétendans droitures et coutumes en la Verte-Forêt, jouxte* (ainsi) *qu'il appert par les relations dont la teneur s'ensuit :* ce sont les termes du procès-verbal; et vous remarquerez, messieurs, ce qui bientôt présentera un grand intérêt, que l'on y emploie les mots *droit d'usage, droiture et coutumes*, comme parfaitement synonymes.

» Cela fait, M. Debordeaux commet des arpenteurs pour mesurer la *Verte-Forêt ;* et il résulte de leur rapport, qu'elle contient *le nombre de 1840 acres, tant en bois planté que non planté.*

» Il ne restait plus, pour terminer *le réglement et la réformation* ordonnés par les lettres-patentes du 15 *février* 1546, que de fixer dans cette étendue de terrain, la portion à laquelle devait être désormais *limité* le droit d'usage des dix-sept communes. Mais sur ce point, les parties se sont rapprochées, et elles ont fait elles-mêmes, par la transaction du 5 février 1551, ce que M. Debordeaux était chargé de faire d'autorité.

» Ici, Messieurs, permettez-nous une question: si le temps eût dévoré la transaction du 5 février 1551, si elle n'existait plus, si seulement il était constaté que, le 5 février 1551, il a été fait entre l'abbaye de Saint-Ouen et les dix-sept communes, un arrangement par lequel la moitié de la Verte-Forêt a été abandonnée à celles-ci pour leur droit d'usage, et l'autre moitié réservée aux religieux, quel est l'homme tant soit peu instruit de la jurisprudence de ce temps, tant soit peu attentif au contenu des lettres-patentes et au résultat des procédures que nous venons de retracer, qui pût soupçonner que, par cet arrangement, les dix sept communes ont cessé d'être usagères; et que la portion de bois qui leur a été assignée, est, par-là même, sortie de la propriété de l'abbaye? Oh! Bien certainement un tel soupçon ne se présenterait à la pensée de personne; tous, au contraire, se sentiraient comme forcés de croire que cet arrangement a été ce qu'il devait être d'après la jurisprudence du temps, d'après les lettres-patentes calquées littéralement sur cette jurisprudence, d'après l'arrêt du parlement de Paris, du 2 septembre 1551, qui ordonnait expressément que, dans le *réglement et réformation* de la Verte-Forêt, on se conformerait à ces lettres-patentes; c'est-à-dire, qu'il a conservé aux dix-sept communes leur qualité d'usagères, et qu'il a seulement restreint l'exercice de leur droit d'usage à une portion de la forêt dont il affectait précédemment la totalité.

» Mais la transaction existe encore, elle est toute entière sous nos yeux, et l'on prétend qu'elle a fait ce qui, sans l'avoir vue, n'entrerait dans l'idée d'aucun homme raisonnable : on prétend qu'elle a rendu les dix-sept communes propriétaires de la moitié de la Verte-Forêt. Voyons la donc, mais voyons la comme nous devons la voir; voyons la avec la conviction bien profonde, que, si elle ne dit pas très-clairement ce qu'on prétend lui faire dire, ce qu'on prétend lui faire dire est diamétralement opposé à ce qu'elle dit en effet.

» Elle commence par rendre compte des contestations qu'elle va terminer; et, à cet égard, deux choses sont à remarquer : les parties entre lesquelles ces contestations ont lieu, et les objets sur lesquels roulent ces contestations.

» Les parties sont *les manans et habitans des paroisses de Quinquampoix*, etc., *prétendans droit et coutume en la Verte-Forêt* APPARTENANT *à MM. les religieux, abbé et couvent de St.-Ouen, de Rouen, d'une part : et monseigneur le révérendissime cardinal de Vendôme, abbé de ladite abbaye, pour lui, les dits religieux et couvent, d'autre.*

» Ainsi, la transaction constate elle-même qu'au moment où on la passe, la Verte-Foret appartient à l'abbaye de St.-Ouen.

» Les objets des contestations sont de plusieurs sortes.

» 1° Les habitans avaient obtenu des *provisions de justice, tant en forme de gagepleige, que oppositions, pour empêcher aucunes ventes qui auraient été faites en ladite forêt par défunt le cardinal de Lorraine, alors abbé de ladite abbaye.*

» 2° Les mêmes *provisions de justice* tendaient *à empêcher les réglement et réformation de ladite forêt, que ledit sieur cardinal de Lorraine avait encommencé faire faire par vertu de certaines lettres-patentes données à la Muette, le 15 février* 1546, *et laquelle réformation et réglement ledit sieur cardinal de Vendôme avait voulu continuer, suivant' autres lettres-patentes.*

du roi données à Dieppe, le 19 *octobre* 1550.

3° Depuis l'arpentage de la forêt ordonné par M. Debordeaux en exécution de l'arrêt du parlement de Paris, du 2 septembre 1551, *les habitans avaient voulu de nouveau empêcher que ledit sieur cardinal de Vendôme et religieux de ladite abbaye ne prinssent leur chauffage en ladite forêt, même qu'ils ne fissent une vente en icelle forêt, nommée la franche vente (exceptée du tiers et danger), que lesdits religieux, abbé et couvent ont droit de faire en ladite forêt en tel lieu qu'il leur plaira, de trois ans en trois ans, jusqu'à la somme de* 1200 *livres tournois, jouxte* (suivant) *leurs chartes-parties en forme probante, et leur possession immémoriale sur ce ensuivie.*

» Les objets des contestations ainsi fixés, les dix-sept communes, par l'organe de leurs fondés de pouvoir, commencent par renoncer *à tous et chacun les procès intentés, tant pour le fait dudit chauffage, franche-vente, que pour ledit réglement et réformation de ladite forêt....; et à ce moyen, leurs procureurs accordent que,* POUR FOURNIR LES DROITURES PAR EUX PRÉTENDUES A LADITE FORÊT, *et autres habitans en général des dix-sept paroisses dessus nommées, auront et leur sera délivré le nombre de* 908 *acres de bois de ladite forêt,* POUR EN JOUIR, PAR LESDITS USAGERS *et leurs successeurs,* EXEMPTS DUDIT CHAUFFAGE *dudit sieur révérendissime (abbé) et religieux,* FRANCHES-VENTES ET AUTRES VENTES EXTRAORDINAIRES *qui pourraient être faites en ladite forêt, tant par ledit révérendissime, qu'autres ses succcesseurs en ladite abbaye; lequel nombre de* 908 *acres sera limité par lots et partages, que les habitans seront tenus faire, pour toute préfixion et délai, de lundi prochain en un mois, et iceux présenter devant ledit sieur Debordeaux, conseiller-commissaire; et desquels lots ainsi faits par lesdits habitans, ledit sieur révérendissime cardinal ou ses commis auront la choisie qu'ils feront pardevant ledit sieur commissaire, à si briefs temps qu'ils aviseront bon être, pour leur demourer au nom dudit procureur et des religieux de ladite abbaye,* POUR EN USER ET DISPOSER PAR LUI *et iceux religieux,* LIBREMENT ET EN EXEMPTION DESDITES PRÉTENDUES DROITURES, USAGES ET COUTUMES, *ainsi qu'ils aviseront bon être : par réservation expresse faite par ledit sieur révérendissime cardinal,* DU DROIT DE SIEURIE, AMENDES, FORFAITURES, CONFISCATION ET AUTRES DROITS SIEURIAUX *sur ledit nombre de* 908 *acres délivrées auxdits habitans dessus nommés, pour leur droit de leurs coutumes et usages tout ainsi comme ils faisaient en précédent.....*

» Telles sont les dispositions du traité de 1551, desquelles l'arrêt attaqué tire la conséquence que, par cet acte, l'abbaye a renoncé, en faveur des dix-sept communes, à la propriété de la moitié de la Verte-Forêt; et il faut convenir que, parmi ces dispositions, il en est une qui prête un peu à l'équivoque : c'est celle qui réserve à l'abbaye ses droits de *Sieurie, amendes, forfaitures, confiscation et autres droits sieuriaux.* Mais, sans nous y arrêter quant à présent, parceque nous la retrouverons dans le jugement rendu en 1552 par M. Debordeaux, nous ne craignons pas de dire que, dans tout le surplus de la transaction, il n'est pas un seul mot qui n'imprime à tout son contenu, la caractère d'un simple aménagement; pas un seul mot qui n'annonce, de la part de l'abbaye, l'intention de demeurer propriétaire de toute la forêt; pas un seul mot qui ne décèle, dans les dix-sept communes, le sentiment de la conviction qu'elles n'acquièrent rien de nouveau, et que seulement leur droit d'usage précédemment indéfini, sera désormais limité.

» On stipule d'abord que, pour *fournir les droitures prétendues* par les habitans dans la Verte-Forêt, *ils auront et leur sera délivré* 908 *acres de bois.*

Déjà nous avons vu que, dans le langage de ce temps-là, dans le langage des actes relatifs à la procédure même que cette transaction a pour objet de terminer, le mot *droiture* était synonyme d'*usage*. C'est donc comme si l'on disait. *pour fournir le droit d'usage que prétendent les habitans.*

» Et cette interprétation est d'autant moins susceptible de critique, que la transaction elle-même, dès les premières lignes de son préambule, nous présente les dix-sept communes comme ne *prétendant* que *droit et coutume en la Verte-Forêt appartenant à MM. les religieux, abbé et couvent de St.-Ouen.* Mais, dès-lors comment peut-on ne pas voir dans cette première stipulation, une preuve irrésistible que les dix-sept communes ne doivent pas jouir, comme propriétaires, du terrain qu'on va leur délivrer? On ne va leur délivrer ce terrain que *pour fournir le droit d'usage qu'ils prétendent;* il ne pourront donc en jouir que par le droit qu'ils prétendent eux mêmes; ils ne pourront donc en jouir que par *droit d'usage.*

» Aussi la transaction ajoute-t-elle aussitôt : *pour en jouir par lesdits usagers et leurs successeurs.* Les habitans qui jouiront des 908 acres de bois, seront donc *usagers;* ils ne seront donc pas propriétaires.

» *Exempts du chauffage des abbé et reli-*

gieux, franches-ventes et autres ventes extraordinaires qui pourraient être faites en ladite forêt, par l'abbé et ses successeurs. Cette clause, que la cour d'appel de Rouen a trouvée si décisive pour les dix-sept communes, fournit pourtant contre elles trois argumens sans réplique.

» 1° Nous venons de voir qu'avant la transaction, les dix-sept communes contestaient à l'abbaye le droit de prendre son chauffage dans la Verte-Forêt, et d'y faire, soit des *franches-ventes*, soit des *ventes extraordinaires*; et cependant alors même, elles ne prétendaient pas à la propriété de la Verte-Forêt : elles reconnaissaient alors, elles reconnaissent même, par le préambule de la transaction, que la Verte-Forêt appartenait à l'abbaye : l'abbaye pouvait donc, suivant les dix-sept communes, être propriétaire de la Verte-Forêt, sans, pour cela, avoir le droit d'y prendre son chauffage, sans, pour cela, avoir le droit d'y faire des franches-ventes et des ventes extraordinaires. Les dix-sept-communes n'ont donc pas cru acquérir la propriété de la moitié de cette forêt, par cela seul que l'abbaye acquiesçait, pour la moitié de cette forêt, à la prétention des habitans relative au chauffage, aux ventes extraordinaires et aux franches ventes.

» 2° Si, par la transaction, la moitié de la forêt était cédée en pleine propriété aux habitans, que serait-il besoin de stipuler qu'elle sera, dans leurs mains, exempte du chauffage des religieux, et que l'abbe n'y pourra faire ni franches-ventes ni ventes extraordinaires? Bien évidemment cette exemption n'est stipulée que parceque l'abbaye demeure propriétaire. Si l'abbaye ne demeurait pas propriétaire, cette exemption serait de droit, et la stipulation en serait ridicule.

» 3° Par cette clause, l'abbaye ne renonce qu'au droit de faire deux sortes de ventes : les *franches-ventes*, et les AUTRES *ventes extraordinaires*. Qu'appelait-on *franches-ventes* ? C'etaient, comme nous venons de le voir par le preambule de la transaction, des ventes que l'abbaye était autorisée par d'anciennes chartes, à faire de trois ans en trois ans, en exemption de l'impot domanial connu en Normandie sous le nom de *tiers et danger*, impôt qui faisait verser dans les coffres de l'État, le tiers et le dixième en sus du produit de toutes les coupes de bois : c'étaient par conséquent, des *ventes extraordinaires ;* et la transaction les reconnait si bien pour telles, qu'elle ajoute immédiatement : *et* AUTRES *ventes extraordinaires qui pourraient être faites en ladite forêt*. Ce n'est donc pas au droit de faire, dans la moitié laissée aux habitans pour leurs *droitures*, pour leur usage, des ventes quelconques de bois, que l'abbaye renonce par cette clause; elle ne renonce qu'au droit d'y faire des ventes extraordinaires, soit franches, soit non franches; elle ne renonce donc pas au droit d'y faire des ventes ordinaires ; le droit d'y faire des ventes ordinaires, lui est donc conservé; elle ne cesse donc pas d'être propriétaire.

» Enfin, ce qui porte cette verité au plus haut degré d'évidence ; c'est que la transaction est terminée par la déclaration expresse, que les 908 acres sont *délivrés aux habitans pour leurs droits de coutumes et usages, tout ainsi comme ils faisaient en précédent.* Ces expressions, *pour leurs droits de coutumes et usages*, sont déjà bien claires par elles-mêmes : il en résulte déjà bien nettement que les habitans ne jouiront des 908 acres, que comme usagers : mais celles-ci, *tout ainsi comme ils faisaient en précédent*, doivent assurément imposer silence à toutes les objections. Comment, en effet, les dix-sept communes jouissaient-elles *en précédent*, c'est-à-dire, avant la transaction? *Par droit d'usage*, et en qualité d'usagères : encore un fois, la transaction l'énonce en toutes lettres dans son preambule : les dix-sept communes ne prennent, dans son préambule, d'autre qualité que celle *de prétendant droit et coutume dans la Verte-Forêt appartenant à l'abbaye.* C'est donc encore *par droit d'usage*, c'est donc encore comme usagères, que les dix-sept communes jouiront après la transaction.

» Disons-le franchement : ou il faut dire que l'évidence n'est qu'un vain mot, ou il faut avouer de bonne foi qu'elle est là dans toute sa splendeur.

» Mais le commissaire réformateur, en homologuant cette transaction par son jugement du 2 mai 1552, ne l'a-t-il pas dénaturée? N'a-t-il pas, par ce jugement, attribué aux dix-sept communes plus de droits que la transaction ne leur en avait accordé?

« On ne peut certainement pas le supposer; Mais écoutons-le lui-même : *Avons, par notre sentence et jugement, déclaré et ordonné, disons, déclarons et ordonnons, que lesdits habitans d'icelles paroisses auront, et leur avons adjugé, lesdits* 908 *acres de bois et pâtures ; c'est à savoir, pour en jouir par eux et leurs successeurs* COMME BONS PÈRES DE FAMILLE, SUIVANT LES COUTUMES ET USAGES DE LADITE FORÊT, ET SANS ABUSER, *exempts dudit chauffage, tant du sieur révérendissime et des religieux de ladite abbaye, franches-*

ventes qu'autres ventes extraordinaires qui pourraient être faites en ladite forêt, tant par ledit révérendissime que autres ses successeurs abbés de ladite abbaye : A LA CHARGE ET RÉSERVATION EXPRESSE *faite audit sieur abbé et couvent de Saint-Ouen de Rouen et leurs successeurs, du droit de Sieurie, amendes, rentes, forfaitures, confiscations et autres droits sieuriaux, sur ledit nombre de* 908 *acres adjugés, et qui seront par nous délivrés auxdits habitans ; le surplus d'icelle forêt, en tout ce qu'il se peut monter et contenir, demeurant auxdits sieurs cardinal abbé, religieux et couvent, et leur successeurs : pour en jouir,* COMME DE LEUR PROPRE ET VRAI HÉRITAGE, *exempt, quitte et déchargé* DE TOUTES COUTUMES ET USAGES *qu'eussent pu prétendre lesdits habitans sur ledit reste, le tout* SUIVANT LEDIT CONTRAT ET APPOINTEMENT ; *et à cette fin avons fait expresse défense et inhibition auxdits habitans de n'entreprendre ni usurper,* SUR PEINE DE PRIVATION DE LEURS COUTUMES, *forfaitures et amendes au cas appartenant.*

» Dans tout cela, pas un mot qui tende à altérer la substance de la transaction ; rien au contraire, qui n'ait pour but d'en fortifier les dispositions, en tant qu'elles restreignent les dix-sept communes à la qualité d'usagères.

» D'abord, le commissaire réformateur ordonne que les dix-sept communes jouiront des 908 acres qu'il leur adjuge, non pas en propriétaires *libres*, mais *en bons pères de famille suivant les usages et coutumes de la forêt, et sans abuser.* Les habitans des dix-sept communes ne seront donc, comme précédemment, que des usagers assujétis aux usages et coutumes de la forêt, usages et coutumes d'après lesquels ils n'avaient bien sûrement, avant la transaction, aucun droit de propriété.

» Ensuite, M. Debordeaux, après avoir renouvelé toutes les clauses de la transaction, dans chaque expression desquelles est écrite la réserve de la propriété pour l'abbaye, y ajoute deux dispositions singulièrement remarquables.

» 1°. Il déclare que le surplus de la forêt demeure aux abbé et religieux, pour en jouir *comme de leur propre et vrai héritage.* Pourquoi cette différence entre la manière dont les dix-sept communes et l'abbaye doivent jouir respectivement ? Pourquoi ne parler de *propre et vrai héritage*, que relativement à l'abbaye ? Pourquoi, par opposition, à cette manière de jouir de l'abbaye, assujétir les dix-sept communes à jouir *en bons pères de famille, suivant les coutumes et usages de la forêt* ? A toutes ces questions, il n'est qu'une seule réponse raisonnable : c'est que les dix-sept communes ne doivent jouir que comme usagères, des 908 acres qui leur sont délivrés ; c'est que l'abbaye conserve au moins la nue propriété de ces 908 acres ; c'est que les mots *propre et vrai héritage* ne sont employés pour le surplus de la forêt, que pour marquer que, dans cette partie, l'abbaye jouira de tous les produits, de tous les attributs d'une propriété pleine et entière, à la différence des 908 acres, dans lesquels elle sera tenue de souffrir une servitude d'usage.

» 2°. M. Debordeaux défend aux dix-sept communes de *n'entreprendre ni usurper* ; et quelle peine attache-t-il à cette défense ? Est-ce la privation de la propriété des 908 acres ? Non, c'est la privation *de leurs coutumes*, c'est-à-dire, de leurs droits d'usage. Les dix-sept coutumes n'ont donc qu'un droit d'usage sur les 908 acres, elles n'en sont donc pas propriétaires.

» Enfin, M. Debordeaux est si éloigné de déroger aux clauses de la transaction, qui gravent pour ainsi dire, sur le front des habitans le caractère d'usagers, qu'il déclare expressément ne faire, dans tout ce qu'il ordonne, rien que de conforme à la transaction même ; *le tout*, dit-il, *suivant ledit contrat et appointement.*

» Mais dans la transaction, comme dans le jugement de M. Debordeaux, il est fait *réservation expresse à l'abbé et couvent de Saint-Ouen et leurs successeurs, du droit de Sieurie, amendes, rentes, forfaitures, confiscations et autres droits sieuriaux sur ledit nombre de* 908 *acres adjugés aux dix-sept communes* ! Mais de là il suit nécessairement que la propriété foncière des 908 acres n'a pas été réservée à l'abbaye, puisqu'on ne peut pas avoir sur son propre bien une prééminence qui suppose essentiellement une infériorité, une sorte d'asservissement de la part du bien sur lequel elle s'exerce ! Mais telle est la conséquence de deux maximes également incontestables, *res sua nemini servit, inclusio unius est exclusio alterius!*

» Ainsi raisonne la cour d'appel de Rouen dans l'arrêt qui vous est dénoncé ; et il est facile de démontrer qu'elle raisonne mal, qu'elle viole tous les principes, qu'elle heurte de front toutes les idées reçues.

» Et d'abord, de ce que l'abbaye de Saint-Ouen se serait réservé, par la transaction, de ce que M. Debordeaux lui aurait réservé, par son jugement, le droit de seigneurie, avec tous ses accessoires, sur les 908 acres dont il s'agit, il ne s'ensuivrait pas qu'elle eût aliéné,

il ne s'ensuivrait pas que M. Debordeaux eût adjugé aux dix-sept communes la propriété de cette portion de la Verte-Forêt.

» 1° Il en est des contrats et des jugemens comme des lois. L'argument *à contrario sensu* ne peut jamais être admis dans leur interprétation, lorsque, de la conséquence à laquelle il conduit, il résulte un sens contraire à une ou plusieurs de leurs dispositions expresses. *Argumentum à contrario sensu* (dit Godefroy, sur la loi 2, *de conditionibus insertis*, au Code), *in legibus, statutis et ultimis voluntatibus est validum; nisi hujusmodi interpretatione inducatur legis, statuti vel juris communis emendatio, vel sententia juri ejusve rationi contraria, si contrarius ille casus jure decisus sit.*

» Ainsi, de ce que l'art. 34 de l'édit du mois de juin 1771, concernant les hypothèques, affranchit de la nécessité de l'opposition au sceau les cens et les rentes foncières seigneuriales, on ne peut pas conclure qu'il y soumette les rentes purement foncières, qui en sont exceptées, sous la dénomination générale de *droits réels* et *fonciers*, par l'art. 7 du même édit. Et c'est ce qu'a solennellement décidé un arrêt de la cour, rendu au rapport de M. Cochard, et sur nos conclusions, le 12 pluviôse an 11.

» Ainsi, de ce que l'art. 17 de la loi du 25 août 1792 déclare non abolies par les articles précédens de la même loi, les rentes purement foncières dues à des particuliers non ci-devant seigneurs, on ne peut pas conclure que les rentes purement foncières dues à des particuliers ci devant seigneurs, soient abolies : on doit, au contraire, regarder celles-ci comme maintenues par l'art 2 de la loi du 17 juillet 1793; et c'est ce que la cour a jugé, au rapport de M. Boyer, Rupérou, Lombard et Rousseau, et sur nos conclusions, les 3 pluviôse an 10, 24 vendémiaire, 11 germinal et 9 floréal an 13.

» Ainsi, de ce que, par l'art. 19 du §. 1 du tit 2 de la 1re. partie des statuts du haut quartier de Gueldres, il est dit que la donation faite par un père et une mère à l'un de leurs enfans en faveur de son mariage, est valable, quoiqu'elle ne soit pas suivie de dessaisissement dans l'an et jour, on ne peut pas conclure que la donation faite en faveur de mariage par un étranger, soit nulle, si, dans l'an et jour, le donateur ne s'est pas dessaisi, parceque l'art. 10 du même § déclare valables et obligatoires les dispositions faites en faveur d'un mariage, de biens dont le donateur, même étranger, conserve la possession jusqu'à son décès; et la cour l'a ainsi jugé, au rapport de M. Zangiacomi, et sur nos conclusions, le 10 floréal an 12.

» Or, ici il existe dans la transaction et dans le jugement de 1551 et 1552, des clauses formelles qui restreignent les dix-sept communes à la qualité d'usagères des 908 acres de bois qu'on leur abandonne pour leur droit d'usage; on ne peut donc pas tirer de la prétendue réserve du droit de seigneurie sur ces 908 acres, un argument *à contrario sensu*, qui ferait dire à ces clauses le contraire de ce qu'elles disent nettement, qui en détruirait l'effet, qui les paralyserait.

» 2° Ce n'est point par la réserve d'un droit déterminé, que l'on peut être censé avoir aliéné un autre droit que l'on n'exprime pas.

» De deux choses l'une : ou la réserve est sur-abondante et par conséquent inutile; ou elle a un objet réel et utile.

» Dans le premier cas, il est bien clair qu'elle ne peut pas emporter l'aliénation du droit non exprimé: une clause qui, par sa surabondance, par son inutilité, doit être réputée non écrite, ne peut, par elle-même, produire aucun effet, elle ne peut conséquemment pas exproprier celui qui l'a stipulée.

» Dans le second cas, c'est-à-dire, si la réserve a un objet réel, un but vraiment utile, c'est encore la même chose; et pourquoi? Parce que tout ce que prouve la réserve, c'est que celui qui l'a stipulée, n'a pas voulu aliéner le droit qu'il s'est réservé expressément; parce qu'elle ne prouve pas qu'il ait voulu aliéner le droit dont il n'a point parlé; parce que l'expropriation ne peut pas s'établir par des conjectures; parce que, pour s'exproprier, il faut déclarer positivement que l'on s'exproprie.

Les exemples se présentent en foule pour justifier ce que nous avançons.

» La veuve Boudret, en mariant sa fille avec Claude Varin, l'avait instituée héritière pour une portion virile dans les biens qu'elle délaisserait à son trépas, *sous réserve de l'usufruit et jouissance de ces mêmes biens.* On a prétendu, dans la suite, qu'en se réservant l'usufruit, elle avait donné actuellement la nue propriété. Mais, par arrêt du parlement de Besançon du 19 décembre 1710, rapporté dans le Recueil d'Augeard, il a été jugé que la veuve Boudret avait conservé la nue propriété de tous ses biens.

» Le sieur Bosson et son épouse avaient institué contractuellement la dame Bourzies, leur fille, héritière universelle de tous les biens qu'ils laisseraient à leur décès, et dont ils avaient déclaré se réserver l'usufruit. Après la mort du sieur Bosson, la dame Bourzies prétendit que sa mère était réduite au simple usu-

fruit de sa part dans la communauté. La dame Bosson soutint, de son côté, que, par la réserve qu'elle s'était faite de l'usufruit de ses biens, elle ne pouvait pas être censée avoir fait une donation entre-vifs, tandis que bien constamment elle n'avait fait qu'une institution contractuelle. Et le parlement de Paris le jugea ainsi par arrêt du 10 février 1738, rapporté dans la collection de Denisart.

» Le 22 décembre 1790, la dame Broca, mariant son fils unique, l'institue *héritier général et universel en tous et chacun les biens meubles et immeubles qu'elle a et aura au jour de son décès, sous la réserve de l'usufruit et jouissance du total pendant sa vie.* Elle meurt le 17 thermidor an 8; et la régie de l'enregistrement demande à son fils le droit de mutation établi par la loi du 22 frimaire an 7. Le sieur Broca répond qu'il ne doit rien, qu'il est devenu propriétaire avant l'établissement du droit, et qu'il faut bien que cela soit ainsi, puisque sa mère, en l'instituant héritier contractuel, ne s'est réservé qu'un simple usufruit, qu'une simple jouissance. Le tribunal de Mont-de-Marsan prononce en faveur du sieur Broça; mais la régie se pourvoit en cassation; et le 19 pluviôse an 11, arrêt, au rapport de M. le président Muleville et sur nos conclusions, qui casse le jugement de ce tribunal, pour avoir, en décidant qu'une réserve d'usufruit renfermait la transmission de la propriété, écarté, par une interprétation erronée de cette clause, l'application de l'art. 68, §. 3, n° 5, de la loi du 22 frimaire an 7.

» Tous ces arrêts portent sur le cas où la réserve est surabondante, inutile et stipulée dans la seule vue de prévenir, dans l'esprit du notaire rédacteur, des doutes mal fondés, et que son ignorance seule avait pu lui faire concevoir. En voici un autre qui se rapproche davantage de notre espèce, et qui porte sur le cas où la réserve ne présente pas la même inutilité, la même surabondance.

» La commune de Brunemont se prétendait propriétaire d'un marais situé dans la seigneurie d'Arleux, dans lequel, cependant, le titre dont elle réclamait l'exécution, ne lui accordait qu'un droit d'usage: elle se fondait sur une clause de ce titre, par laquelle le seigneur d'Arleux, de qui elle tenait sa concession, s'était uniquement reservé *la hauteur et prééminence ès-dits marais, et d'y pouvoir planter jusqu'à lieux routes et non plus, ainsi qu'à haut justicier appartient.* Par cette clause, disaient les habitans de Brunemont, le seigneur ne s'est réservé que la directe et la haute justice sur le marais; il nous en a donc abandonné la propriété utile. Non (répondait la dame de Berghes, éclairée par une consultation savante de M. Henrion), le titre dont vous vous prévalez, ne vous accorde qu'un droit d'usage: il ne vous a donc pas rendus propriétaires; la réserve de la seigneurie, celle-même de la haute-justice, ne peuvent pas seules opérer une translation de propriété. Par arrêt du 20 juillet 1779, la commune de Brunemont a été déboutée de sa demande, la dame de Berghes a été déclarée seule propriétaire du marais litigieux, et sa demande en cantonnement contre les habitans usagers, a été admise avec dépens.

» Nous avons dit que, dans cette espèce, la réserve stipulée par le seigneur d'Arleux, n'était pas tout-à-fait surabondante, et la chose se sent d'elle-même. Le seigneur d'Arleux n'avait, sur les habitans de Brunemont, ni droit de seigneurie, ni droit de justice. Il lui importait donc de s'assurer, en leur concédant un droit d'usage dans un marais dont il était propriétaire, que, pour raison de ce droit, il serait considéré comme leur seigneur; que, pour raison de ce droit, ils seraient soumis à sa haute-justice; et c'est ce qu'il avait fait, en se réservant *la hauteur et prééminence, avec la faculté de planter, ainsi qu'à haut-justicier appartient.* Sans cette reserve, les habitans auraient pu lui dire: Ce n'est ni par inféodation, ni par bail à cens, que vous nous avez concédé l'usage de votre marais; c'est donc par aliénation pure et simple; mais de là même il suit que nous ne sommes, à raison de ce droit, ni vos vassaux, ni vos censitaires, ni vos justiciables; que nous possédons ce droit, comme vous le possédiez vous-même, avant de l'avoir démembré de votre fief pour nous le transmettre; que, par conséquent, nous le tenons nous-mêmes en fief de votre seigneur dominant; et que nous sommes, à cet égard, vos co-vassaux. La réserve stipulée par le seigneur d'Arleux, avait eu pour but de prévenir cette difficulté; et, sous ce rapport, elle n'était ni surabondante ni inutile. Mais elle n'était toujours qu'une précaution bornée à la directe et à la haute-justice; et, de ce que son seul but avait été d'assujétir les usagers à la directe, à la haute-justice du propriétaire, il s'ensuivait nécessairement, qu'elle n'avait pas emporté l'aliénation de la propriété, et que le seigneur, propriétaire avant de stipuler cette reserve, était demeuré propriétaire après l'avoir stipulée.

» Ici, c'est absolument la même chose. Parmi les dix-sept communes à qui la transaction de 1551 accorde, à qui le jugement de 1552 adjuge 908 acres de bois pour leur droit d'usage, il y en avait plusieurs dont les habi-

tans n'étaient ni vassaux ni censitaires de l'abbaye de Saint-Ouen : c'est un fait dont nous verrons bientôt la preuve dans un arrêt du parlement de Normandie. En supposant donc que, dans la transaction et le jugement, les mots *Sieurie*, *droits sieuriaux*, soient synonymes de *seigneurie* et *droits seigneuriaux*, il est évident que l'abbé était fort intéressé à ce que ceux des usagers dont il n'était pas seigneur, fussent cependant, à raison de leur droit d'usage, tenus de le reconnaître pour tel. Mais, dès que, par la reserve du droit de *Sieurie* et des *droits sieuriaux*, l'abbé a simplement voulu se faire reconnaître pour seigneur des usagers à raison de leur droit d'usage, comment peut-on sérieusement prétendre que cette réserve l'a exproprié? Comment peut-on voir dans cette réserve l'exclusion du droit de propriété? Comment ne sent-on pas que raisonner ainsi, c'est aller contre l'intention manifeste des parties contractantes et du juge réformateur?

» Eh! Quoi de plus propre à manifester cette intention, que les termes même de la transaction et du jugement? Sur quoi l'un et l'autre acte reservent-ils à l'abbaye son droit de *sieurie* et ses *autres droits sieuriaux*? Sur *ledit nombre de* 908 *acres délivrés aux habitans ci-dessus nommés*. Ces 908 acres, à quel titre sont-ils délivrés aux habitans? Ce n'est pas à titre de propriété, c'est simplement à titre d'usage : la transaction et le jugement le disent et le redisent dans les termes les moins équivoques. Donc le droit de *sieurie* et les *droits sieuriaux* ne sont réservés que sur l'usage; donc ils ne le sont pas sur la propriété; donc la réserve de ces droits ne suppose pas la propriété aliénée; donc la transaction de 1551 et le jugement de 1552 ne font, pour les dix-sept communes, que ce qu'a fait depuis, pour la commune de Bourberain, l'arrêt du 23 septembre 1581, rapporté par M. Bouhier, et qui, en restreignant le droit d'usage de celle-ci à une portion de la forêt de Velours, a déclaré que, dans cette portion, le seigneur ne pourrait *dorénavant prétendre autre chose, fors la propriété nue, avec la chasse, justice, amendes, forfaitures et confiscations*; donc la transaction de 1551 et le jugement de 1552 ne font, pour les dix-sept communes, que ce qu'a encore fait depuis, pour les communes de Tanges et de Saint-Desert, l'arrêt du 19 juillet 1657, rapporté par le même magistrat, et qui, en leur adjugeant la moitié d'une forêt pour leur droit d'usage, a formellement exprimé qu'elles n'y pourraient *prétendre aucun droit de propriété*, et qu'elles demeureraient chargées envers le seigneur propriétaire, *de la redevance accoutumée et du droit de justice*.

» Mais, jusqu'à présent, nous avons supposé que, dans la transaction de 1551 et le jugement de 1552, les mots *Sieurie* et *droits sieuriaux* devaient être entendus comme signifiant, ceux-ci *droits seigneuriaux*, celui-là *seigneurie*; et c'est bien gratuitement que nous l'avons fait.

» La coutume de Normandie, réformée en 1583, et, par conséquent, à une époque où devaient être encore pleinement usitées toutes les locutions qui l'étaient en 1551 et 1552, ne renferme pas un seul article dans lequel le mot *sieur* soit employé comme synonyme de *seigneur*; et elle en renferme un très-grand nombre où le mot *seigneur*, suivant l'idée qu'on y attache universellement, désigne le possesseur d'un fief duquel dépendent, soit des arrière-fiefs, soit des censives.

» Et une preuve sans réplique qu'avant la réformation de la coutume en 1583, c'était le mot *seigneur*, et non le mot *sieur* qu'on employait pour exprimer cette idée, c'est que, dans l'*ancien coutumier de Normandie*, qui alors formait la seule loi municipale de la province, et dont la rédaction remonte à un temps inconnu, mais très-éloigné, il n'est parlé nulle part des *sieurs*, tandis qu'il y est question des *seigneurs* dans les chap. 2, 6, 7, 14, 17, 19, 29, 33, 34, 35, 36, 44, 53, 84, etc.

» Que signifie donc, dans la transaction de 1551 et le jugement de 1552, l'expression *sieurie*?

Suivant la cour d'appel de Rouen, si elle n'y désigne pas la *seigneurie* proprement dite, elle doit au moins y désigner le *domaine fictif*, *le domaine de regard et de surveillance*, *le droit ré-persécutoire* que tout bailleur à rente foncière conserve sur le fonds qu'il a arrenté.

» Mais c'est là une assertion purement conjecturale : rien ne la justifie, et il est même impossible de la concilier avec le principe, que, par le bail à rente pur et simple, le bailleur se dépouille entièrement du domaine utile de la chose arrentée; qu'il n'y retient qu'une prestation qui jamais n'a été considérée, ni comme un *domaine fictif*, ni comme un *domaine de regard et de surveillance*, et que cette prestation n'est qu'un droit dans la chose même, sans aucune espèce de prééminence, de supériorité.

» Et d'ailleurs, quand nous adopterions là-dessus les idées de la cour d'appel de Rouen, à quel résultat nous conduiraient-elles? Supposons qu'en se réservant un droit de *sieurie*, l'abbé de Saint-Ouen se soit effectivement réservé un *domaine fictif*, ou *domaine de re-*

gard et de surveillance, en résultera-t-il qu'il a abdiqué la propriété foncière? Cela pourrait se concevoir, si la réserve portait sur la propriété foncière elle-même, si l'abbé de Saint-Ouen s'était réservé, sur la propriété foncière elle-même, ce prétendu *domaine de regard et de surveillance*, ce prétendu *domaine fictif*. Mais nous l'avons déjà dit, ce n'est pas sur la propriété foncière des 908 acres de bois, que l'abbé de Saint-Ouen s'est réservé le droit de *sieurie*, il ne se l'est réservé que sur le droit d'usage de dix-sept communes. Cette réserve ne peut donc, même dans le sens que la cour d'appel de Rouen donne au mot *sieurie*, avoir d'autre objet que de conserver à l'abbaye le *regard*, la *surveillance* sur la manière dont les dix-sept communes exerceront leur droit d'usage; elle ne peut donc pas, même dans ce cas, emporter la translation de la propriété de l'abbaye sur la tête des dix-sept communes.

» Enfin, il est temps de le dire, la réserve de la *sieurie*, loin d'indiquer, de la part de l'abbé de Saint-Ouen, l'intention d'aliéner sa propriété, prouve manifestement qu'il a voulu demeurer et qu'il est effectivement demeuré propriétaire.

» Loyseau, qui écrivait dans un temps assez rapproché de la transaction de 1551, puisqu'il est né en 1566, et qu'il est mort en 1627, nous apprend dans son *Traité des seigneuries*, chap. 1, que, dans ce temps-là même, on employait encore le mot *sieure* pour désigner un *propriétaire*; et que le mot *sieurie* l'avait été jusqu'alors pour désigner la simple propriété.

» Voici d'abord comment il s'explique n° 21: *De ce que dessus il s'ensuit que le mot de* seigneur *vient du latin* senior : *et de fait, les anciens auteurs latins, les italiens et les espagnols modernes le tournent toujours ainsi : étymologie qui me semble plus vraisemblable, que de le dériver du pronom possessif* SIEN, *et dire que celui qui peut dire la chose* SIENNE *en est le seigneur. Car c'est à mon avis le nom de* SIEUR, *et non celui de* SEIGNEUR *qui vient de* SIEN : *et de fait, il est tout notoire que le mot de* SIEUR *emporte et signifie* PROPRIÉTÉ, *et celui de seigneur* AUTORITÉ *et* SUPÉRIORITÉ. *C'est pourquoi en notre usage vulgaire, nous estimons le titre de* MONSEIGNEUR *plus honorable que celui de* MONSIEUR.

» Dans le n° suivant Loyseau observe que, puisque les *seigneuries, qui, dans leur origine, n'étaient qu'offices, ont, à succession de temps, été changées en propriété*, il serait plus exact de les désigner par le mot *sieurie* : mais, continue-t-il, *ce mot s'en va hors d'usage, et désormais est trouvé rude.*

» Il ajoute, n° 25 que *la seigneurie en cette générale signification, est définie* PUISSANCE *en* PROPRIÉTÉ; *définition bien courte, mais qui a et son genre*, à savoir, PUISSANCE, *qui est commune aux seigneuries et aux offices, et sa différence, à savoir*, PROPRIÉTÉ, *qui distingue la seigneurie d'avec les offices, dont la puissance n'est que par fonction ou exercice, et non pas en propriété comme celle des seigneuries. Quant à sa division*, (dit-il encore, n° 26, 27 et 28), *la seigneurie a deux espèces, à savoir, la seigneurie publique et privée. La publique consiste en la supériorité et autorité qu'on a sur les personnes ou sur les choses, qui toutefois est propre au seigneur..... Quant à la seigneurie privée, c'est la vraie propriété et jouissance actuelle de quelque chose, et est appelée privée, parce qu'elle concerne le droit que chacun en particulier a en sa chose.... La seigneurie publique est appelé en grec* κυριότης, ἐξουσία, ἀρχη, *en latin* IMPERIUM, POTESTAS, DOMINATIO, *par nous,* DOMINATION, *et proprement* SEIGNERIE. *La privée est dite en grec* δεσποτεία, *en latin* DOMINIUM, *et en français proprement* SIEURIE.

» Ajoutons à l'appui de tout ce que dit Loyseau sur la vraie signification des mots *sieur* et *sieurie*, un fait qui doit faire taire tous les doutes : c'est que les possesseurs de simples fiefs, qui n'avaient ni mouvance ni censive, et auxquels par conséquent n'était attachée aucune espèce de puissance publique, ne pouvaient pas se dire *seigneurs*, mais seulement *sieurs*, c'est-à-dire, propriétaires de ces fiefs. Ecoutons Boniface, tome 1, liv. 3, tit. 2, chap. 8 : *Sur la question qui se présenta en l'audience de la grand'chambre* (du parlement d'Aix), *le 27 janvier 1639, si le sieur de Tamarlet qui avait eu en arrière fief de M. le Duc de Guise, seigneur de Lambesc, Aiguebelle dans ledit terroir, pouvait se qualifier* seigneur d'Aiguebelle, *et appeler sa maison* château; *par arrêt prononcé par M. le président de la Roque, inhibitions et défenses lui furent faites de s'appeler* SEIGNEUR D'AIGUEBELLE, *et d'appeler* CHATEAU *sa maison, mais seulement de s'appeler* SIEUR D'AIGUEBELLE..... *Un autre arrêt du 21 mai 1649 a jugé le semblable.*

» De tout cela il résulte bien clairement que, dans la transaction de 1551 et le jugement de 1552, l'abbé de Saint-Ouen et ses religieux, en se réservant *la Sieurie* sur les 908 acres de bois dont ils ont abandonné l'usage aux dix-sept communes, loin d'en aliéner la propriété, l'ont, au contraire, retenue de la manière la plus expresse.

» Et vainement opposerait-on à cette conséquence, la réserve que ces deux actes contiennent, en même temps, au profit des abbé et religieux, des *rentes, amendes, forfaitures et confiscations*. Les rentes que les dix-sept communes devaient à l'abbaye, pour raison de l'usage qu'elle leur avait concédé, les amendes, les forfaitures, les confiscations auxquelles les dix-sept communes étaient assujéties envers l'abbaye, en cas d'abus dans l'exercice du droit qu'elles tenaient de sa concession, rien de tout cela n'était incompatible avec l'idée de la propriété réservée par l'abbaye elle-même. Rien de plus commun que des usagers payant des redevances annuelles en reconnaissance et pour prix de leur droit d'usage. Et quant aux amendes, aux forfaitures et aux confiscations pour délits forestiers, tout le monde sait qu'avant la publication du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4, elles appartenaient au propriétaire non seigneur, comme au seigneur propriétaire, comme au roi dans les forêts de l'Etat: les anciennes lois l'avaient ainsi réglé; et leurs dispositions sur ce point avaient été confirmées par l'ordonnance de 1669, tit. 26, art. 5, et tit. 32, art. 28. Aussi avons-nous déjà remarqué que l'arrêt du 23 septembre 1581 avait réservé au propriétaire de la forêt de Velours, *les amendes, forfaitures et confiscations* sur toute la portion de cette forêt, dans laquelle il avait circonscrit l'usage de la commune de Bourberain, et dont néanmoins il avait déclaré que la nue propriété continuerait d'appartenir au seigneur.

» Mais il reste à l'arrêt de la cour d'appel de Rouen, un motif sur lequel nous ne nous sommes pas encore expliqué : c'est celui qui est tiré des clauses de la transaction de 1551 et du jugement de 1552, qui, suivant cette cour, attribuent aux dix-sept communes tous les produits des 908 acres de bois. Ces clauses, dit la cour d'appel, prouvent que l'abbaye ne s'était rien réservé des produits des 908 acres de bois; elles prouvent par conséquent que la propriété utile des 908 acres de bois avait été aliénée par l'abbaye.

» Ce raisonnement pêche à la fois dans le fait et dans le droit.

» Dans le fait, il n'est pas vrai que la transaction et le jugement attribuent aux dix-sept communes tous les produits des 908 acres de bois. L'abbaye n'est exclue par l'une et l'autre que du droit d'y prendre son chauffage et d'y faire des ventes extraordinaires. Elle conserve donc, comme nous l'avons déjà prouvé, le droit d'y faire des ventes ordinaires et de s'en approprier tout le prix, moins ce qui doit revenir au roi, à titre de *tiers* et *danger*.

» Et inutilement dirait-on que, dans la suite des temps, l'abbaye n'a fait, dans les 908 acres, aucune vente même ordinaire, et, que, par l'événement, les dix-sept communes ont retiré à elles seules tous les profits de ce vaste terrain.

» Ce n'est pas à la possession des usagers que l'on s'attache pour déterminer le caractère de leur droit, c'est à leur titre. Écoutons là-dessus M. Henrion, dans ses *Dissertations féodales*, au mot *Communaux*, §. 20 :

» CUM APPARET TITULUS, AB EO POSSESSIONES LEGEM ACCIPIUNT, *Voilà la règle de cette matière.*

» *En vain les habitans établiraient-ils que, depuis des siècles, ils jouissent et disposent en vrais propriétaires, et cela sous les yeux du seigneur, et sans réclamation de sa part : si les titres de la seigneurie prouvent que la communauté n'a qu'un simple droit d'usage sur les bois, pâturages et marais du territoire ; à l'instant où ces titres paraissent, on s'y réfère, on regarde les actes possessoires des habitans comme l'effet de l'usurpation, et les reconnaissances du seigneur comme l'effet de l'erreur et de la surprise; et des siècles de jouissance sont comptés pour rien. Cette possession, dit Mornac, eût-elle duré trois siècles, n'est d'aucune considération, parce qu'elle est contraire au titre* : SI CONTRA TITULUM POSSESSUM EST ETIAM PER TRECENTOS ANNOS, DOMINIUM REVOCATUR A TALI POSSESSIORE.

» *Ainsi, la possession de l'usager, quel qu'en soit le caractère, ne prouve autre chose que la jouissance précaire, c'est-à-dire, l'usage même. S'il a fait des actes indicatifs de propriété, on ne les regarde que comme des extensions abusives de son droit d'usage, à moins qu'il ne prouve l'interversion des anciens titres, et la cause du changement de sa possession.*

» *Ce principe* (que nous retrouvons dans l'art. 2240 du Code civil) *est consacré par un grand nombre de jugemens émanés de tous les tribunaux et notamment du conseil du roi. On va voir que, dans les espèces jugées par ces arrêts, les habitans, originairement usagers, avaient disposé, depuis long-temps, des bois en vrais propriétaires, et que leur propriété avait été reconnue par les seigneurs eux-mêmes. Néanmoins les anciens titres ont prévalu.* Ici, M. Henrion rapporte quatre arrêts des parlemens de Paris et de Besançon, des années 1672, et, 1698, 1700 et 1717, et cinq arrêts du conseil, des 20 mars 1727, 9 août 1729, 20 juin 1733, 11 avril 1740 et 1770,

qui justifient parfaitement son assertion (1).

» Qu'importe donc que, dans notre espèce, les dix-sept communes soient parvenues, par leur manière d'user des 908 acres de bois, à rendre illusoire le droit que l'abbaye de Saint-Ouen s'était implicitement réservé d'y faire des ventes ordinaires ? Le fait de cette réserve n'en demeure pas moins constant; et il n'en suffit pas moins pour détruire, dans sa base même, celui des motifs de l'arrêt attaqué que nous discutons en ce moment.

» Dans le droit, quand nous effacerions de la transaction et du jugement, les termes qui conservent à l'abbaye le droit de faire des ventes ordinaires dans les 908 acres de bois, quand nous supposerions que, par la transaction et le jugement, tous les produits superficiels des 908 acres de bois, ont été abandonnés aux dix-sept communes, ce ne serait pas encore une raison pour regarder les dix-sept communes comme propriétaires.

» Sans doute, en thèse générale et dans l'absence de toute espèce de titre, celui-là est censé propriétaire d'un fonds, qui en recueille tous les fruits, qui en retire à soi tous les émolumens, qui profite de tout ce que sa superficie offre d'utile.

» Mais celui qui ne jouit ainsi de tous les produits superficiels d'un fonds, qu'en vertu d'un titre qui l'en déclare usager, comment pourrait-il prétendre à une propriété que son propre titre lui refuse ? Pour soutenir un pareil système, il faudrait aller jusqu'à dire que l'usage se confond et s'identifie avec la propriété, lorsqu'il absorbe tous les fruits, tous les revenus de la propriété même ; et ce serait une grande erreur. Par cela seul qu'un droit a le caractère d'*usage*, il a essentiellement celui de servitude ; et d'après la règle, *res sua nemini servit*, il est impossible que l'usager soit propriétaire. Qu'importe que l'usage soit plus ou moins étendu ? Le plus ou le moins en cette partie, comme en toute autre, ne change rien à la nature des choses; et soit que l'usager ait plus, soit qu'il ait moins, il y a toujours lieu de dire avec Coquille, que, *tant qu'il porte sa qualité d'usager, il ne peut acquérir droit de propriétaire*.

» L'arrêt du 3 septembre 1581, que nous avons déjà cité plusieurs fois, d'après le président Bouhier, met cette vérité dans le plus grand jour.....

» Mais un arrêt bien plus solennel, bien plus imposant à tous égards, et qui décide la question dans des termes encore plus tranchans, est celui que la cour a rendu le 27 nivôse an 12, au rapport de M. Babille, et sur nos conclusions, entre le préfet du département de la Haute-Marne et la commune de Saint-Thiébault..... (1).

» Ainsi, dans le droit comme dans le fait, rien à conclure en faveur de l'arrêt attaqué, de ce que, par la transaction de 1551 et le jugement de 1552, l'abbaye de Saint-Ouen est exclue du droit de faire, dans les 908 acres aujourd'hui en litige, des ventes extraordinaires des bois ; et il demeure bien démontré que, de toutes les clauses du jugement, comme de toutes celles de la transaction, il n'en est pas une seule qui n'assure à l'abbaye de Saint-Ouen la qualité de propriétaire de ces 908 acres.

» Mais n'a-t-il pas été dérogé à la transaction et au jugement, soit par des transactions, soit par des jugemens postérieurs, qui auraient opéré, en faveur des dix-sept communes, une intervension de titre, et qui, de simples usagères qu'elles étaient en 1551 et 1552, les aurait élevées à la qualité de propriétaires ? Non, messieurs, et c'est une vérité qui va vous frapper de toute son évidence.

» Dans ce long intervalle qui sépare la transaction de 1552 de l'époque où ont été dirigées contre les dix-sept communes, les premières poursuites du préfet du département de la Seine-Inférieure, nous ne trouvons que quatre actes, savoir, une procuration du 13 juin 1595 ; et trois arrêts du parlement de Rouen, des 15 juin 1581, 31 juillet 1663 et 7 mai 1668, dans lesquels il soit question des droits des dix-sept communes sur les 908 acres de bois ; mais il s'accordent tous quatre à ne présenter les dix-sept communes que comme usagères...

» Maintenant, nous sommes en état d'apprécier l'arrêt de la cour d'appel de Rouen, du 27 messidor an 12, en tant qu'il juge les quatorze communes qui étaient en instance avec le préfet du département de la Seine-Inférieure, propriétaires des 908 acres de bois. Il viole ouvertement en cela, et les lois qui tracent une ligne de démarcation entre le droit de propriété et celui d'usage, et les lois qui tiennent pour vrai tout ce qui est reconnu et avoué en jugement par les parties intéressées, et les lois qui impriment à la chose jugée le caractère d'une vérité irréfragable.

» Nous disons d'abord que l'arrêt de la cour d'appel de Rouen viole les lois qui distinguent le droit de propriété d'avec le droit d'usage ; et vous n'avez pas oublié, messieurs, comment il viole ces lois. Sous un prétexte qui, même en fait, se trouve faux, sous le prétexte que par la transaction de 1551, les dix-sept communes auraient acquis sur les 908 acres de

(1) *V.* l'article *Prescription*, sect. §. 6, art. 2.

(1) *V.* l'article *Communaux*, §. 4.

bois, un droit d'usage tellement étendu qu'il eût exclu l'abbaye de Saint-Ouen de la faculté d'y faire même des ventes ordinaires, il juge que l'abbaye de Saint-Ouen a perdu la propriété de ces 908 acres, et que les dix-sept communes en sont devenues propriétaires, quoique la transaction elle-même se borne à les leur assigner pour leur usage. Il juge donc que l'usage emporte la propriété, lorsqu'il en résulte pour l'usager un droit exclusif a tous les produits superficiels du fonds. Il viole donc les tit. 10 et 20 de l'ordonnance des eaux-et-forêts de 1669, l'art. 2 du tit. 2 de la loi du 15-28 mars 1790, l'art. 8 de la loi du 19-27 septembre de la même année, l'art. 2 de la loi du 28 août 1792, en un mot, toutes les lois qui établissent, entre le droit d'usage et le droit de propriété, une distinction que la seule nature des choses suffirait d'ailleurs pour rendre indubitable.

» Nous disons ensuite que l'arrêt attaqué viole les lois relatives à la foi due aux aveux et reconnaissances judiciaires.

» Et d'abord, messieurs, vous savez quelles sont ces lois. Il serait d'autant plus inutile de les rappeler toutes, qu'elles sont renouvelées par l'art. 1356 du Code civil, aux termes duquel *l'aveu judiciaire.... fait pleine foi contre celui qui l'a fait; et il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait.*

» Vous vous rappelez, au surplus, quels sont les actes dans lesquels sont consignés les aveux judiciaires que la cour d'appel de Rouen s'est permis de laisser à l'écart: ce sont les arrêts de 1581, de 1663 et de 1668.

» Il est vrai que ces arrêts n'ont été rendus, le premier, qu'avec trois, et les deux autres qu'avec deux des dix-sept communes en faveur desquelles la cour d'appel de Rouen a prononcé. Aussi, ne prétendons-nous pas que la cour d'appel de Rouen ait violé, en faveur de toutes ces communes, le principe qui l'obligeait d'ajouter pleine foi aux aveux judiciaires que trois d'entre elles avaient faits lors de l'arrêt de 1581, et que deux de ces trois communes avaient réitérés lors des arrêts de 1663 et de 1668. Mais du moins elle a violé ce principe, relativement à ces trois communes, savoir, Neauville, Quinquampoix et Boisguirard.

» Enfin, nous disons que l'arrêt attaqué contrevient à l'autorité de la chose jugée, et cela est évident pour les quatorze communes en général, comme pour deux d'entre elles en particulier: pour les quatorze communes en général, car elles étaient toutes parties dans le jugement de 1552; et ce jugement, calqué sur la transaction de 1551, les réduit clairement à la simple qualité d'usagères, pour deux de ces communes en particulier; car l'arrêt de 1663 juge nettement que les communes de Quinquampoix et de Neauville n'ont dans les 908 acres de bois, qu'un droit d'usage, et conséquemment qu'elles n'en sont pas propriétaires.

» Nous estimons, en conséquence, qu'il y a lieu d'admettre la requête du préfet du département de la Seine-Inférieure ».

Ces conclusions ont été adoptées par arrêt du 3 mars 1806, au rapport de M. Henrion.

Mais l'affaire portée à la section civile, la demande en cassation du préfet a été rejetée, le 27 octobre 1807, au rapport de M. Gandon,

« Attendu que la demande du préfet, en première instance, tendait à ce que les communes défenderesses fussent déboutées de toutes prétentions sur les 908 acres de terrain en question;

» Que, si cette demande eût été accueillie, le préfet vendait ce terrain, suivant les soumissions qui avaient été faites; que, pour débouter le préfet de sa demande, il suffisait qu'il fût reconnu que les communes avaient des droits réels et légitimes sur ce terrain; que le tribunal de première instance a reconnu que les communes avaient eu, avant 1551, un droit d'usage sur toute la forêt, et depuis 1551, en vertu de la transaction faite alors, *la jouissance* exclusive des 908 acres en question; il a pensé, *qu'en tout cas*, c'est-à-dire, lors même que la transaction de 1551 ne leur aurait pas transmis la propriété des 908 acres, ces communes devaient être maintenues dans leur possession; et en conséquence, il a déclaré le préfet mal fondé dans son action; que l'arrêt attaqué ne juge que la même chose, puisqu'il se borne à dire qu'il a été bien jugé par le tribunal de première instance; que la cour d'appel a même pris soin de circonscrire la question sur laquelle elle avait à prononcer, et de dire qu'il ne s'agissait devant elle, ainsi qu'il ne s'était agi devant les premiers juges, que de savoir si les habitans devaient être déboutés de toutes prétentions sur les 908 acres en question;

» Que la cour d'appel de Rouen s'est bornée à énoncer que l'ancien droit des habitans avait été converti en 1551, dans *le droit de jouir* seuls, et sans aucun concours, des 908 acres; que *la superficie* du sol de ces 908 acres leur avait été abandonnée, et était devenue leur propriété;

» Que la transaction de 1551 détacha, au profit des habitans, une partie de la forêt,

qui, dès-lors, supporta seule *leurs usages*; et enfin, que les titres produits et la longue et immémoriale possession se réunissent pour justifier *le droit d'usage des habitans*;

» D'où il résulte que l'arrêt n'a rien prononcé sur la propriété foncière des 908 acres, ni sur le droit qui peut appartenir à la nation de cantonner les communes, mais seulement que celles-ci avaient des prétentions légitimes et fondées sur le terrain en question... ».

On voit que cet arrêt n'a jugé qu'une seule chose, savoir, que la question de propriété était demeurée intacte de la part de la cour d'appel de Rouen. Il n'a donc porté aucune atteinte aux moyens que j'avais employés pour établir que l'abbaye de Saint-Ouen était demeurée propriétaire des 908 acres dont elle avait abandonné l'entier usage aux dix sept communes, en s'y réservant la *sieurie* et les *droits sieuriaux*.]]

* SIFFLAGE. Sorte de maladie du poumon, dont les chevaux sont quelquefois attaqués.

Par arrêt de réglement, du 25 janvier 1781, le parlement de Paris, a déclaré cas redhibitoires les maladies de Sifflage et de cornage dont les chevaux sont attaqués. *V.* les articles *Cheval* et *Redhibitoire*. (M. GUYOT.)*

SIGNATURE. Ce terme se définit assez de lui-même. On peut, en jurisprudence, le considérer sous trois aspects différens:

1° Par rapport aux actes en général et aux contrats;

2° Par rapport aux jugemens et aux autres actes judiciaires;

3° Par rapport aux dispositions de dernière volonté.

§. I. *De la signature des actes en général et des contrats.*

Nous avons déjà effleuré cette matière sous les mots *Acte*, *Minute* et *Notaire*; mais c'est ici le lieu de l'approfondir.

* I. Il n'a pas toujours été d'usage en France de signer les actes; il a été un temps où les officiers publics eux-mêmes ne les signaient pas.

Sous la première et la seconde race de nos rois, il y avait très-peu de personnes qui sussent lire et écrire: l'empereur Charlemagne, qui écrivait mal, signait rarement; il introduisit l'usage de faire signer ses chartes ou lettres, par un grand référendaire.

Les successeurs de ce prince et les seigneurs négligerent aussi l'usage de l'écriture; et au lieu de Signature, on introduisit l'usage des sceaux et des cachets.

Les rois de la troisième race ramenèrent l'usage de signer leurs lettres, indépendamment de l'apposition de leur sceau.

Mais, en général, dans ces premiers temps de la monarchie, on rédigeait peu d'actes par écrit: il n'y avait guère que les contrats et autres actes des personnes qualifiées ou riches, qui fussent rédigés par écrit; les personnes du commun faisaient leurs conventions verbalement, en présence de témoins et sous caution. (Velly, tome 4, page 107). En cas de dénégation de ce qui avait été convenu, on demandait à faire preuve par témoins.

Les ecclésiastiques, dans le onzième siècle, commencèrent à faire revenir l'usage d'écrire les actes, et principalement pour les donations qu'on leur faisait, afin de les rendre plus certaines; ils écrivaient les actes en latin, que la plupart des laïcs n'entendaient point; et sur l'interprétation du moindre mot, il fallait s'en rapporter à eux (1).

Il y avait pourtant en France des notaires dès le commencement de la monarchie: le roi avait ses notaires, les prélats et les seigneurs avaient aussi les leurs.

Mais tous ces notaires n'étaient point d'abord officiers publics, ils ne signaient point les actes, ils n'étaient institués que pour les rédiger par écrit; les parties se contentaient d'y apposer leurs sceaux, dont on faisait mention dans l'acte.

Ce ne fut que vers la fin du règne de Saint Louis, que les notaires furent érigés en officiers publics: le savant pere Mabillon dit, dans sa Diplomatique, qu'après une exacte recherche, il n'a trouvé aucun contrat passé devant des notaires, comme officiers publics, avant l'année 1275 (2).

Jusque-là, les notaires ne gardaient pas de minute des actes qu'ils recevaient: ils en faisaient deux ou plusieurs expéditions; et, pour éviter toute fraude, ils écrivaient les doubles expéditions sur deux colonnes, et remplissaient le blanc qui se trouvait au milieu, par les lettres de l'alphabet, ou par des mots du *pater* écrits en grandes capitales; on partageait ensuite ce parchemin en deux, en coupant de même les lettres capitales qui étaient au milieu; et alors, ce parchemin s'appelait *charta partita*; on rapprochait les deux expéditions pour voir si les lettres majuscules qui étaient coupées par la moitié, se rappor-

(1) *Boulainvilliers, lettres sur le parlement*, tome 1, page 152.

(2) *Encyclopédie*, au mot *Notaire*.

daient exactement. L'on observait quelquefois pour plus de sûreté, de couper ces lettres en serpentant; auquel cas, l'acte s'appelait *charta indentata*. *V.* le glossaire de du Cange, au mot *Charta*.

Ce fut principalement en faveur des roturiers, que l'on donna aux notaires le caractère d'officiers publics, à cause que les roturiers n'avaient pas droit de sceaux.

Les nobles n'avaient cependant pas tous un sceau particulier, il n'y avait que les chevaliers; mais quand un damoiseau, écuyer, ou simple noble de leur famille, passait quelque acte, il empruntait le sceau de celui de ses proches parens du même nom, qui était chevalier.

Les notaires royaux, et ceux des seigneurs, n'avaient pas d'abord le droit exclusif de recevoir les actes publics: dans les 11e, 12e et 13e siècles, et même encore dans le 14e, les évêques et leurs officiaux en recevaient une grande partie, et singulièrement tous ceux qui pouvaient interesser l'église.

Il y avoit aussi des notaires apostoliques et des notaires impériaux, qui recevaient toutes sortes d'actes concurremment avec les notaires royaux et ceux des seigneurs; et leurs certificats faisaient foi en justice.

Vers la fin du règne de saint Louis, l'on obligea les officiers publics de garder des minutes de leurs expéditions.

Philippe-le-Bel, par une ordonnance du mois de juillet 1304, ordonna aux notaires d'apposer aux actes leurs seings, *signa sua*: il ne dit pas *subscriptiones*, mais *signa*; et ces seings ou signes n'étaient autre chose que le paraphe ou marque particulière des notaires, et non pas une Signature formée par l'expression de leur nom.

Cette ordonnance veut que le notaire marque la date de l'année et du jour, le nom du roi, celui des temoins, son nom, le lieu du contrat, son seing, le nom des contractans, et la substance du contrat; elle n'ordonne point d'apposer le sceau, seing ou souscription des contr. etans.

L'ordonnance de Philippe V, du 5 juin 1317, vidimée et confirmée par Philippe de Valois en 1330, et par le roi Jean au mois de fevrier 1350, n'exige encore, à l'égard des notaires, sinon qu'ils écrivent leurs actes de leur propre main, et qu'ils les signent; elle leur défend de les faire écrire par de petits clercs non sermentés, *per quosdam clericulos et scriptores non juratos*.

On ne connait point d'autre ordonnance de Philippe V, qui ait enjoint aux officiers publics en général de signer leurs actes, ainsi que je l'ai vu avancer par un de nos historiens modernes.

L'usage de l'écriture était encore si peu ordinaire en 1358, que, dans le conseil même du roi, il y avait plusieurs personnes qui ne savaient même pas signer leur nom. Charles V, étant régent du royaume, ordonna, par des lettres du mois de mai 1358, que les lettres qui seraient expédiées dans le conseil, seraient souscrites par trois au moins de ceux qui auraient été présens, ou qu'ils y mettraient leurs *signes*, s'ils ne savaient pas écrire.

La première ordonnance qui exige la souscription du notaire, outre son seing, est celle de Charles V, alors régent du royaume, du mois d'octobre 1358, portant: *quilibet notariorum, si super hoc requisitus fuerit, subscribatur exemplo, signumque sum apponat in eodem.*

On trouve à la suite de la même ordonnance, plusieurs expéditions faites par des notaires impériaux, comme il y en avait alors, signées de la main de ces notaires, et marquées de leur signe: *Manu propriâ subscripsi signoque meo solito signavi.*

L'ordonnance de 1535, qui contient, chap. 19, plusieurs règlemens pour les fonctions des notaires, ne parle que de leur Signature, et ne dit rien de celle des parties et des temoins.

II. L'ordonnance de 1539 contient deux articles qui obligent les notaires de signer leurs actes.

Le premier est l'art. 174, qui veut que « les notaires insèrent tout au long les minutes des contrats dans leurs registres et protocoles, et qu'à la fin de cette insertion, soit » mis le seing du notaire ou tabellion qui aura » reçu ledit contrat ».

Le second article est le 175, qui porte que, « s'ils sont deux notaires à passer un contrat, » ou recevoir un testament, il sera mis en écrit » au dos dudit testament ou contrat, et signé » desdits deux notaires, le nom de celui ès livres » duquel aura été enregistré ledit contrat ou » testament, pour y avoir recours quand ma» tière sera ».

Cette ordonnance déterminait assez que les notaires devaient signer leurs actes: il y eut un édit du mois de mars 1554, cité par Néron et quelques autres auteurs, qui enjoignit aux notaires de faire signer les parties.

Mais cet édit ne fut rendu que pour la Bretagne où il fut enregistré.

III. Ce ne fut que par l'ordonnance d'Orléans, en 1560, que les parties et les témoins furent astreints à signer.

L'art. 82 de cette ordonnance porte que les notaires seront tenus de faire signer aux parties et aux témoins instrumentaires, s'ils savent signer, tous actes et contrats qu'ils recevront, *dont ils feront expresse mention, à peine de nullité desdits contrats et actes, et amende arbitraire*..... Et au cas que les parties ou témoins ne sauraient pas signer, il est dit que les notaires ou tabellions feront mention de la réquisition par eux faite aux parties et témoins de signer, et de leur réponse qu'ils ne savent signer.

Cette ordonnance ne fut cependant pas reçue universellement.

Les notaires au châtelet de Paris, pour être dispensés de l'observer, obtinrent un édit du 21 octobre 1561, par lequel on voit qu'ils représentèrent qu'ils avaient coutume d'être deux pour passer tous contrats, et que leurs registres étaient signés de deux qui étaient associés; qu'ils n'avaient jamais coutume d'appeler des témoins en leurs contrats; parcequ'ils étaient deux à les recevoir, parceque le plus souvent ils faisaient une *schede*, qui est corrigée et brouillée, et qu'ils mettaient après au net dans leur registre qui est signé par les deux; que bien souvent les parties contractantes n'avaient loisir d'attendre que le contrat fût mis au net; que, par plusieurs arrêts de la cour, il avait été dit que les notaires du châtelet n'étaient tenus garder leurs *schedes*. Le roi, après avoir pris l'avis des avocats et procureurs généraux de son parlement, déclara que, par l'ordonnance d'Orléans, il n'avait pas entendu innover ni changer le style de tout temps observé au châtelet de Paris; et qu'il voulait que les notaires exerçassent leur état en la forme et manière qu'ils avaient accoutumé d'en jouir, sans que, pour raison desdites ordonnances, on leur pût faire ou donner aucun trouble ou empêchement au contraire.

On cite une ordonnance du 2 mai 1562, qui enjoignit aux parties de signer.

Toutes ces ordonnance étaient cependant mal observées dans le centre même du royaume, puisque le parlement de Paris, ainsi que le remarque le président Hénault, rendit en 1579 un arrrêt qui ordonna que les actes des notaires seraient signés par les parties.

Cet arrêt précéda l'ordonnance de Blois, qui fut à la vérité, rendue au mois de mai de la même année, mais qui ne fut publiée que le 11 mars 1580.

Ce n'est que par cette ordonnance que l'obligation de signer à l'égard des parties contractantes, a été pleinement établie.

L'art. 165 de cette ordonnance porte que « tous notaires tant royaux qu'autres, soit en » pays coutumier ou de droit écrit, seront tenus de faire signer aux parties ou aux témoins instrumentaires, s'ils savent signer, » tous contrats et actes, soit testamens ou autres qu'ils recevront, dont ils feront mention » tant en la minute que grosse qu'ils délivreront, à peine de nullité desdits contrats, » testamens ou actes, et d'amende arbitraire. » Et en cas que les parties ou témoins ne sachent signer », (le même article enjoint aux notaires et tabellions) « de faire mention de la » réquisition par eux faite auxdites parties et » témoins de signer, et de leur réponse : le » tout, nonobstant toutes lettres de déclaration que les notaires pourraient avoir obtenues au contraire, lesquelles le roi casse et » révoque, encore qu'elles eussent été vérifiées dans ses cours de parlement ».

Cette dernière disposition se réfère à l'édit de 1561, qui avait dispensé les notaires au châtelet de faire signer les parties et les témoins à cause du grand nombre d'actes qui se passent à Paris, ce qui etendit beaucoup la foi qu'on accorde à la Signature des notaires.

L'art. 166 de la même ordonnance veut, « afin d'obvier aux fausseté et suppositions » qui se peuvent commettre pour ce regard, » qu'ès lieux où jusqu'alors il avait été permis » qu'un seul notaire, en présence de deux témoins, puisse recevoir et passer contrats, » testamens et autres actes, ledit notaire, s'il » est ès villes ou gros bourgs èsquels vraisemblablement on puisse avoir temoins qui sachent signer, et au cas que la partie qui » s'oblige ne puisse signer, soit tenu appeler » pour le moins un temoin qui sache signer, » lequel actuellement signera avec lui la minute ».

Malgré les dispositions des anciennes ordonnances, les parties contractantes eurent de la peine à s'assujetir à signer les actes, et les notaires eux-mêmes n'y tenaient pas toujours la main.

On trouve des minutes de notaires, même à Paris, dans les années 1562, 1571, 1577, et même en 1583, depuis l'ordonnance de Blois, où les notaires ont signé seuls, sans faire mention que les parties ne savaient pas signer, quoique plusieurs de ces personnes fussent, par état, présumées savoir signer.

Pour ce qui est des écritures privées, ceux qui savaient signer, les signaient ordinairement. On en trouve des exemples assez anciens; il existe dans les rouleaux du parlement, un acte sous seing-privé, de l'an 1448, signé du comte Faucomberge et autres; mais

les parties ne signaient pas les actes devant notaire.

Mais depuis long-temps l'on observe fort exactement en France, que les parties contractantes et les témoins instrumentaires, s'il y en a, signent avec les notaires; ou si les parties et les témoins ne savent pas signer, il faut que le notaire fasse mention de la réquisition qu'il leur a faite de signer, et de leur réponse.

Dans tous les actes synallagmatiques, il est d'usage, [[ou pour parler plus juste, il est rigoureusement nécessaire]] que les deux parties signent l'acte: [[car tant qu'elles ne l'ont pas signé toutes deux, il ne lie ni l'une ni l'autre, pas même celle qui y a déjà apposé sa signature. *V.* l'article *Ratification*, n° 9.]]

Cependant il y a en Artois un usage singulier à ce sujet: l'acheteur ne signe pas le contrat de vente quand il paie le prix comptant; et de même, le bailleur à ferme ou à loyer ne signe point.

Cet usage est attesté par Maillart, sur la coutume d'Artois, art. 1er, n° 36; ce qui ne paraît pas bien régulier.

En effet, à l'égard de l'acheteur, quoiqu'il ait payé le prix comptant, il faut toujours que sa Signature constate qu'il a acquis, et qu'il est propriétaire.

A l'égard du bailleur à loyer ou à ferme, étant obligé de faire jouir le preneur, il doit signer son engagement. (M. Boucher d'Argis.)*

[[Cet usage de l'Artois était sans doute vicieux quant au bail à ferme ou à loyer; car, il ne suffit pas que, par l'acte qui en est dressé, il soit prouvé que le preneur s'est obligé de payer le prix de la location qui lui est faite; il faut encore qu'il soit prouvé par le même acte, comme le dit très-bien M. Boucher d'Argis, que le bailleur s'est obligé de faire jouir le preneur; et là s'applique, dans toute son étendue, l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11, qui veut, sous la peine de nullité prononcée par l'art. 68 de la même loi, que les actes notariés soient *signés par les parties* qu'ils obligent, aussi bien que l'art. 1325 du Code civil, aux termes duquel « les actes sous » seing-privé qui contiennent des conventions » synallagmatiques, ne sont valables qu'autant » qu'ils ont été faits en autant d'originaux » qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ».

Aussi n'est-il pas douteux qu'un bail à ferme ou à loyer qui ne serait pas signé du bailleur, ne fût aujourd'hui déclaré nul en Artois comme ailleurs, à moins qu'il n'eût reçu, de la part du bailleur lui-même, un commencement d'exécution prouvé par écrit.

Mais quant à l'acte de vente qui, sans énoncer que l'acheteur y a été partie, et par suite sans être revêtu de sa signature, contient, de la part du vendeur, la reconnaissance que le prix de la chose vendue lui a été payé comptant, l'usage dont il s'agit, ne paraît pas aussi irrégulier que le suppose M. Boucher d'Argis; et je ne vois pas sur quel fondement un pareil acte pourrait, même aujourd'hui, être attaqué sous le prétexte que l'acheteur ne l'a pas signé. Quel besoin est-il, dans un acte quelconque, de la signature d'une partie, qui non-seulement n'y prend aucun engagement, mais a même rempli d'avance l'engagement que lui imposait le contrat dont cet acte a pour objet de constater l'existence?

Il faut toujours, dit M. Boucher d'Argis, « *que l'acheteur prouve qu'il a acquis, et qu'il est propriétaire;* et cette preuve, il ne peut la faire que *par sa signature.*

Mais la preuve de son acquisition ne réside-t-elle pas dans l'acte même par lequel le vendeur déclare avoir transporté telle chose, ou tel bien, et en avoir reçu le prix? Qu'importe que ce transport ne puisse avoir son effet que par l'acceptation de l'acheteur? L'acceptation de l'acheteur résulte suffisamment du paiement qu'il a fait du prix de la vente, et ce paiement est constaté par l'acte. Elle peut d'ailleurs résulter encore, ou du fait que l'acte existe entre les mains de l'acheteur, soit en original, s'il est sous seing-privé, soit en expédition, s'il a été passé devant notaire. Enfin, elle peut résulter de la possession que l'acheteur a prise de la chose vendue, au vu et su du vendeur. C'est ainsi qu'avant que les lois françaises en eussent disposé autrement par des motifs absolument étrangers au contrat de vente, la donation entrevifs, pour la perfection de laquelle l'acceptation du donataire a toujours été requise, était réputée parfaite du moment que le donataire avait pris possession des biens donnés: *Nec ambigi oportet* (disait la loi 6, C. *de donationibus donationes etiam inter absentes et maximè si, ex voluntate donantium, possessiones hi quibus donatum est nanciscantur, validas esse.*

III *bis*. Je viens de dire que, dans cette disposition, *les actes* (notariés) *seront signés par les parties*, l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11 entend par les mots *les parties*, celles qui s'obligent par ces actes, et j'ai clairement insinué par là qu'elle n'exige pas la signature des parties qui, bien que désignées nommé-

ment dans des actes comme présentes, ne s'y obligent cependant à rien, mais dans lesquels, au contraire, il est contracté à leur profit des engagemens par les parties qui signent. En effet, de pareils actes sont absolument *unilatéraux*, et il est de principe qu'un acte unilatéral n'a besoin que de la signature de la partie dont il est destiné à constater l'obligation.

- C'est ce qui a été jugé dans l'espèce suivante.

Le 15 juillet 1809, acte notarié par lequel la dame Prieur reconnaît devoir au sieur Boiron, *présent et stipulant pour son propre compte*, une somme de 20,060 francs qu'il lui a prêtée, s'oblige de la lui rembourser à diverses époques, et lui accorde hypothèque sur plusieurs de ses immeubles.

Cet acte est signé tant par la dame Prieur que par le sieur Boiron; mais il n'y est fait mention que de la signature de la première, ce qui le place, comme on le verra ci-après, sur la même ligne que s'il n'était pas signé du second.

La dame Prieur ne remplissant pas ses obligations envers le sieur Boiron, celui-ci fait pratiquer une saisie immobilière sur les biens qu'elle lui a hypothéqués.

Demande en nullité de cette saisie, sur le fondement que l'acte qui en forme le titre, ne faisant pas mention de la signature du sieur Boiron, ne peut, aux termes de l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an 11, valoir que comme obligation sous seing-privé, et que, suivant l'art. 2213 du Code civil, une obligation sous seing-privé ne peut servir de base à une expropriation forcée.

Le 28 novembre 1816, jugement du tribunal de première instance de Châlons, qui, adoptant ce moyen, déclare la saisie nulle.

Mais sur l'appel, arrêt de la cour royale de Dijon, du 22 janvier 1817, qui réforme ce jugement et déboute le dame Prieur de sa demande.

« Attendu que l'obligation consentie par la dame Prieur, le 15 juillet 1809, est, par sa nature, un contrat unilatéral, c'est-à-dire, un contrat, par lequel l'un des contractans s'engage envers l'autre; définition établie par Pothier dans sa division des contrats et adoptée par tous nos auteurs; que les art. 14 et 68 de la loi du 25 ventôse an 11 ne sont pas ici applicables, en ce qu'ils n'exigent la signature de toutes les parties que lorsqu'elles sont toutes stipulantes ou contractantes dans l'acte, ce qui n'a pas lieu dans les contrats unilatéraux;

» Que, dans le cas particulier, quoique le notaire ait fait mention de la présence du sieur Boiron, avec ces mots, *stipulant pour son propre compte*, il ne résulte cependant des termes ultérieurs de l'acte, aucune stipulation de sa part, pas même l'acceptation de l'obligation; d'où il résulte que le sieur Boiron n'étant pas réellement partie stipulante dans l'acte, sa présence n'y était pas même nécessaire, et le notaire n'était point obligé de faire mention qu'il l'avait signé ».

La dame Prieur se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et l'attaque comme violant à la fois, et les art. 14 et 68 de la loi du 25 ventôse an 11, et l'art. 2213 du Code civil.

Elle convient que, pour la validité et l'authenticité du prêt que lui avait fait le sieur Boiron, sa seule signature aurait suffi dans l'acte du 15 juillet 1809, si le sieur Boiron n'eût pas figuré dans cet acte comme *stipulant*; mais elle prétend que, du moment qu'il y est intervenu, il a dû le signer, et que, par suite, sa signature a dû y être mentionnée. La loi, dit-elle, est générale dans sa disposition, comme dans sa teneur : elle exige la signature et la mention de la signature de toutes *les parties*, n'importe qu'elles s'obligent ou non.

Mais d'ailleurs, continue-t-elle, il n'est pas vrai que le sieur Boiron ne se soit engagé à rien par l'acte dont il s'agit. Il s'y est, au contraire, obligé de n'exiger le remboursement de son prêt qu'à certaines époques. « Il existe » une grande différence entre une reconnais» sance de prêt signée par le prêteur et une » reconnaissance semblable faite hors sa pré» sence. Lorsque le prêteur n'a point assisté » à la reconnaissance, il n'est point lié par » les clauses dont elle est accompagnée; il » peut refuser d'y avoir égard; et, sans atten» dre les délais qui y sont stipulés, il a le » droit de poursuivre son débiteur en vertu » de l'action de prêt, *actio mutui*, que le fait » seul du prêt lui donnait auparavant. Mais » il n'en est pas de même, lorsqu'il a été pré» sent à la reconnaissance et qu'il l'a signée. » Cette présence et cette signature, sont, de » sa part, une renonciation à l'action de prêt. » Il n'a plus, dès ce moment, d'autres droits » que ceux que lui donne la convention; il est » lié par elle; et, s'il voulait en faire abs» traction pour poursuivre le débiteur avant » le terme convenu, ce dernier l'invoquerait » lui même avec succès ».

Le premier de ces argumens tombait de lui même. Il est vrai que l'art. 14, de la loi du 25 ventôse an 11 exige en termes généraux *la signature des parties*; mais la distinction qu'il ne renferme pas textuellement, est dans la nature des choses.

Le second moyen n'était pas mieux fondé.

Que serait-il arrivé, si le sieur Boiron n'eût pas été présent à l'acte du 15 juillet 1809, et qu'il eût poursuivi le remboursement de sa créance avant les termes fixés par cet acte? Bien certainement sa débitrice lui eût opposé qu'il ne pouvait pas diviser le titre dont il se prévalait; que, s'il l'employait contre elle pour prouver qu'il lui avait prêté 20,060 francs, elle pouvait, à son tour, l'employer contre lui pour prouver qu'elle ne devait le rembourser qu'à telle ou telle époque, et qu'il était, dès-lors, non-recevable; il était donc indifférent que le sieur Boiron eût ou n'eût pas été présent à l'acte; et il l'était par conséquent aussi que, présent à l'acte, il l'eût ou ne l'eût pas signé, ou, ce qui revenait au même, que sa signature y fût ou n'y fût pas mentionnée.

Aussi le recours en cassation de la dame Prieur a-t-il été rejeté par arrêt du 8 juillet 1818, au rapport de M. Liger de Verdigny, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau, « attendu que l'obligation contractée » par la veuve Prieur, le 15 juillet 1809, est, » par sa nature, un contrat unilatéral; qu'il » n'énonce aucune stipulation du fait du » créancier; que, sous ce rapport, la loi du » 25 ventôse an 11 était sans application (1) ».

IV. Quant à la disposition de l'art. 166 de l'ordonnance de Blois, qui, pour la validité des contrats passés devant un notaire et deux témoins, exigeait seulement que l'un de ceux-ci sût signer et signât effectivement, lorsque les parties contractantes ou l'une d'elles ne le savait pas, elle a été abrogée, pour le ressort du parlement de Toulouse, par une déclaration du 19 novembre 1681; mais elle ne l'a été dans les autres parties de la France où avait été publiée l'ordonnance de Blois, que par la loi du 25 ventôse an 11.

V. mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Signature*, §. 1.

V. Dans quelle partie de l'acte doit être placée la déclaration faite par l'une des parties, de ne savoir ou de ne pouvoir pas signer? *V.* ci-après, §. 3, art. 2, n° 10.

La déclaration de ne savoir pas écrire peut-elle suppléer à celle de ne savoir pas signer? *V.* L'arrêt du 14 août 1807, rapporté à l'article *Inscription de faux*, §. 5, n° 2, et ci-après §. 3, art. 2, n° 3.

Que doit-on décider à cet égard, lorsque l'acte contenant cette déclaration, n'est pas revêtu des formalités requises pour sa validité? *V.* l'article *Ratification*, n° 9.

VI. Le contrat qui renferme, de la part d'une des parties, la déclaration de ne savoir point signer, est-il nul, lorsqu'il est prouvé que cette partie savait signer et signait habituellement avant et depuis la passation de ce contrat?

On trouvera, dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Signature*, §. 3, un arrêt de la cour de cassation du 30 messidor an 11, qui juge que non; mais il en serait autrement d'un acte de dernière volonté. *V.* ci-après, §. 3, art. 2.

VII. Lorsque les parties et les témoins signent effectivement, est-il nécessaire de faire mention de leurs signatures?

On a vu au n° 2 que l'art. 165 de l'ordonnance de Blois l'exigeait expressément et *à peine de nullité*; et cette disposition est renouvelée par la loi du 25 ventôse an 11: « Les » actes (y est-il dit, art. 14) seront signés par » les parties, les témoins et les notaires qui » doivent en faire mention à la fin de l'acte »; et l'art. 68 ajoute: « tout acte fait en contravention aux dispositions contenues aux » articles..... 14..., est nul, s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties; » et lorsque l'acte sera revêtu de la signature » de toutes les parties contractantes, il ne » vaudra que comme écrit sous signature privée..... ».

Il suit bien clairement de là que, si l'acte qui, étant signé des parties et des témoins, ne contiendrait pas la mention de leurs signatures, était un acte qui, par sa nature, ne pût valoir comme acte sous seing-privé, il serait absolument nul; et c'est ce que la cour de cassation a jugé dans l'espèce suivante.

Le 23 février 1816, acte notarié par lequel le sieur Champigny fait à la demoiselle Cheneveau donation entre-vifs de plusieurs immeubles dont il se réserve l'usufruit. L'acte est signé par le donateur et les témoins, mais ne fait pas mention de leurs signatures.

La demoiselle Cheneveau accepte cette donation, par un acte séparé, qu'elle fait signifier au donateur, le 2 mars suivant.

Après la mort du sieur Champigny, ses héritiers attaquent la donation; et le 18 février 1819, jugement du tribunal de première instance de Chinon, qui la déclare nulle,

« Attendu, *dans le fait*, que le notaire a omis de faire mention dans l'acte, de la signature des parties et des témoins;

(1) Journal du Palais, tome 54, page 280.

» Attendu, *dans le droit*, que le défaut de cette mention ordonnée par l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11, sur l'organisation du notariat, emporte nullité, aux termes de l'art. 68 de ladite loi, qui conserve seulement à l'acte, en cas, comme dans l'espèce, de l'apposition des signatures de toutes les parties au bas dudit acte, le caractère d'écrit sous seing-privé;

» Attendu qu'il est de forme absolue, pour une donation entre-vifs, d'être notariée; et que l'acte du 23 février 1816, en perdant, par la contravention du notaire aux art. 14 et 68 de la loi précitée, le caractère d'acte notarié, se trouve frappé d'une nullité radicale ».

Appel de ce jugement de la part de la demoiselle Cheneveau; mais par arrêt du 10 août 1819, la cour royale d'Orléans, adoptant les motifs des premiers juges, met l'appellation au néant.

La demoiselle Cheneveau se pourvoit en cassation, et soutient que les art. 14 et 68 de la loi du 25 ventôse an 11 ont été faussement appliqués. Suivant elle, il résulte bien de la combinaison de ces articles, qu'un acte notarié est nul comme tel, lorsqu'il n'est pas signé des témoins, et lorsque, ne portant pas la signature des parties, il ne contient pas leur déclaration de ne savoir ou ne pouvoir signer; mais ce serait en faire un étrange abus que d'étendre au *défaut de mention des signatures*, la nullité qu'ils prononcent.

Raisonner ainsi, c'était évidemment lutter contre la loi. Aussi le recours en cassation de la demoiselle Cheneveau a-t-il été rejeté par la section des requêtes, le 6 juin 1821, au rapport de M. Dunoyer, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Attendu que l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11 veut, non-seulement que les actes soient signés par les parties, les témoins et le notaire, mais encore qu'il en soit fait mention à la fin de l'acte, ainsi que de la déclaration des parties, qu'elles ne savent ou ne peuvent signer;

» Attendu que l'art. 68 de la même loi attache la peine de nullité à l'inobservation des formalités ci-dessus;

» Attendu que ces articles n'ont fait que renouveler les dispositions de l'art. 34 de l'ordonnance d'Orléans et de l'art. 165 de celle de Blois;

» Attendu que l'avis du conseil d'état, du 16 juin 1818 (rapporté ci-après, §. 3, n° 5), en déclarant que la nullité ne s'étend pas au défaut de la mention de la signature du notaire à la fin de l'acte, la laisse nécessairement subsister pour le défaut de la mention de la signature, soit des parties, soit des témoins;

» Attendu, dans le fait, que l'acte passé devant notaire, à Chinon, le 23 février 1816, et dont il s'agit, contient, de la part de Henry Champigny, au profit de Suzanne Cheneveau, une donation entre-vifs, absolue et irrévocable des biens qui lui étaient échus de la succession de sa mère;

» Attendu qu'il n'a pas été fait mention au bas de la minute de cet acte, de la signature de Henri Champigny, donateur, non plus que de celle des témoins, ce qui est une contravention audit art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11;

» Attendu que les dispositions des art. 931 et 1081 du Code civil sont un obstacle à ce qu'il puisse valoir comme acte sous signature privée, puisqu'ils exigent que tous actes portant donation entre-vifs, soient passés devant notaire, et qu'il en reste minute, sous peine de nullité (1) ».

La peine de nullité prononcée par les art. 14 et 68 de la loi du 25 ventôse an 11, est-elle applicable au cas où la mention des signatures des parties ne se trouve pas *à la fin*, mais dans le préambule ou dans le corps de l'acte?

L'est-elle au cas où le notaire ne fait pas mention de sa propre signature?

Sur ces deux questions, *V.* ci-après, §. 3, art. 2, nos 5 et 7.

VIII. Dans les actes privés, la signature peut-elle être remplacée par une croix ou une marque quelconque?

Il ne peut y avoir aucun doute sur la négative. Signer un acte, c'est y apposer toutes les lettres alphabétiques dont se compose le nom de famille que l'on porte. Il n'y a donc pas de signature, là où il n'y a qu'une simple croix ou marque.

On a cependant quelquefois prétendu que, dans les actes notariés, on devait assimiler aux signatures la marque que le notaire certifiait être celle de la partie qui l'apposait, sans exprimer que cette partie ne savait pas écrire, et encore moins qu'elle en avait fait la déclaration.

Le président Wynants rapporte même dans son recueil intitulé *supremæ curiæ Brabantinæ decisiones*, §. 157, un arrêt du conseil de Brabant, du 18 mai 1630, par lequel fut jugé valable un testament *signatum signo testatoris, ad cujus latus notarius scripserat*, HOC EST SIGNUM TESTATORIS, *non appositâ notâ an sciret vel non sciret scribere testator*. Il

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 23, page 41.

ajoute que la même chose fut jugée par deux autres arrêts de la même cour, du 10 octobre 1631 et de l'année 1633 ; et que le conseil privé de Bruxelles avait résolu la question dans le même sens le 28 juillet 1621.

Mais il croit pouvoir assurer qu'il existe des arrêts contraires : *sed puto etiam contraria esse judicata;* et l'on trouvera ci-après, §. 2, art. 2, n° 2, un rescrit du conseil privé de Bruxelles, du 12 avril 1630, qui, après avoir entendu le conseil de Brabant lui-même, improuve formellement la jurisprudence que les premiers tendaient à établir.

La question s'est renouvelée depuis la publication de la loi du 25 ventôse an 11, et l'on pressent d'avance qu'elle a été jugée comme le conseil privé de Bruxelles avait déclaré qu'elle devait l'être dans la Belgique sous l'édit perpétuel de 1611.

Les 27 et 28 février 1815, inventaire notarié par lequel, après la mort du sieur Diebold, sa veuve et ses héritiers constatent le montant des biens qu'il a laissés; et le 13 mai 1816, acte également notarié par lequel ils liquident leurs droits respectifs. Ces trois actes sont signés par les héritiers; mais la veuve n'y appose qu'une marque dont le notaire fait mention, sans y ajouter qu'elle a déclaré ne savoir pas écrire.

Peu de temps après, forte de cette omission, la veuve demande la nullité de ces actes.

Le 21 août 1816, jugement du tribunal de première instance de Saverne, qui la déboute, « attendu que l'inventaire de 1815 et la liqui» dation de 1816 portent mention que ladite » veuve a fait sa *marque ordinaire*, ce qui » indique suffisamment qu'elle ne savait signer; » et qu'ainsi, le vœu de l'art. 14 de la loi du » 25 ventôse an 11 se trouve rempli ».

Mais sur l'appel, arrêt de la cour royale de Colmar, du 4 mars 1817, par lequel,

« Attendu que, dans l'acte notarié, en date des 27 et 28 février 1815, il est fait mention expresse, en fin dudit acte, *que les veuve et héritiers ont signé*, et qu'ensuite on lit, dans l'expédition qui en est produite, ces mots : *sous-marqué à la minute Madeleine Weeber;* que cette mention erronnée du notaire, jointe au fait matériel qu'il n'y a aucune mention d'une déclaration qui, d'après les art. 14 et 68 de la loi du 25 ventôse an 11, devait, à peine de nullité, être faite par la partie qui ne savait signer, entraîne nécessairement, à l'égard de la veuve Weeber, la nulité dudit acte, ainsi que de celui notarié du 13 mai 1816, entaché du même vice; que les mentions faites dans le corps de l'acte sus-énoncé, des 27 et 28 février 1815, que la veuve a apposé sa *marque* à deux dires et déclarations par elle faits, sont loin de couvrir l'irrégularité que présente la partie finale de ce même acte, et en offrent encore une nouvelle;

» Attendu qu'il importe de maintenir dans son intégrité l'exécution des articles précités, qui sont la sauve-garde des parties;

» La cour met l'appellation et ce dont est appel au néant; émendant, et faisant droit au principal, sans s'arrêter aux prétendus inventaire, partage et liquidation des 27 et 28 février 1815 et 13 mai 1816, lesquels la cour déclare nuls et de nul effet; ordonne qu'il sera procédé aux inventaire, partage et liquidation de la succession de feu Jean Diebold, notamment des biens de la communauté (1) ».

A plus forte raison ne peut-on pas regarder comme revêtu d'une signature proprement dite, l'acte privé auquel il n'est apposé, même en présence de témoins, qu'une simple croix ou marque; et voici une espèce dans laquelle la cour de cassation l'a ainsi décidé formellement.

Le 13 brumaire an 7, la veuve Vivenot, domiciliée dans l'arrondissement de Neufchâteau, département des Forêts, duché de Luxembourg, vend ses biens immeubles au sieur Lacave, par un acte privé qu'elle ne signe pas, faute de savoir écrire, mais au bas duquel elle appose une croix, en présence de deux témoins signataires.

Après la mort de la veuve Vivenot, ses héritiers demandent la nullité de cette vente, et se fondent, tant sur l'art. 19 de l'édit perpétuel de 1611, particulier à la Belgique, que sur l'art. 2 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667, publiée dans ce pays, depuis sa réunion à la France (2).

Le sieur Lacave oppose 1° l'usage dans lequel ont toujours été les habitans du Luxembourg, même depuis l'édit perpétuel de 1611, même depuis la publication de l'ordonnance de 1667, de faire, en présence de témoins signataires, des actes privés qu'ils marquaient d'une croix lorsqu'ils ne savaient pas écrire; 2° l'exécution qu'a volontairement donnée la veuve Vivenot à la vente dont il s'agit.

Jugement du tribunal de première instance de Neufchâteau, qui déclare non-recevables les héritiers de la veuve Vivenot.

Appel, et arrêt de la cour de Metz, qui met l'appellation au néant.

Les héritiers de la veuve Vivenot se pourvoient en cassation; mais, par arrêt du 10

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 18, part. 2, page 104.

(2) Ces deux textes sont rapportés sous le mot *Preuve*, sect. 2, §. 3, art. 1 et 5.

thermidor an 13, au rapport de M. Dutocq,

« Vu l'art. 2 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667;

» Considérant qu'à dater du jour de sa publication dans le département des Forêts, cet article de l'ordonnance de 1667 doit y être exécuté comme abrogatif de toutes dispositions contraires des lois antérieures et de tous usages qui auraient apporté, dans l'application de ces lois, quelque modification inconciliable avec le texte de ce même article;

» Mais considérant que le but de cette disposition de l'ordonnance, est d'empêcher l'admission de la preuve testimoniale de choses excédant 100 livres, et non de s'opposer à l'exécution d'une convention qui, quoique dénuée d'une preuve littérale régulière, non-seulement ne serait point désavouée en fait, mais encore aurait eu une exécution suffisante pour, sans qu'il fût besoin de recourir à une preuve par témoins, opérer fin de non-recevoir contre toute action ayant pour objet de faire cesser l'effet de cette convention;

» Considérant que, dans l'espèce, l'acte de vente dont il s'agit, en date du 7 brumaire an 7, avait été déposé par l'acquéreur en l'étude d'un notaire, pour y être mis au rang de ses minutes, et transcrit, à sa diligence, au greffe du tribunal civil des Forêts; qu'en conséquence, il a pris possession de l'immeuble y énoncé, au vu et au su de la venderesse; et que c'est d'après ces circonstances particulières, et d'après le fait constant que les demandeurs en cassation n'avaient méconnu ni la vente, comme ayant été librement consentie par la défenderesse, ni l'acte de vente comme revêtu de sa marque, que la cour d'appel de Metz a maintenu le jugement de première instance du tribunal de Neufchâteau, qui les avait déclarés non-recevables dans leur demande;

» De tout quoi il résulte que le jugement attaqué n'a point contrevenu à l'art. 2 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667 ni à aucune autre loi;

» La cour rejette le pourvoi.....».

L'usage qui avait lieu à cet égard dans le Luxembourg, avant la publication du tit. 20 de l'ordonnance de 1667, était également en vigueur dans la Toscane, avant sa réunion momentanée à la France.

Sur la foi de cet usage, et en le regardant comme non abrogé par les lois françaises publiées en Toscane, Ferdinand Baioni avait, par un acte privé qu'il avait souscrit d'une simple croix et fait signer par deux témoins, donné pouvoir à son avocat, d'appeler, en son nom d'un jugement du tribunal de première instance de Grosseto, du 2 septembre 1809, qui le condamnait à des peines correctionnelles; et son avocat avait, en vertu de ce pouvoir, fait une déclaration d'appel dans le délai fixé par l'art. 195 du Code du 3 brumaire an 4.

La cause portée à l'audience de la cour de justice criminelle du département de l'Ombrone, le procureur général a demandé que la déclaration d'appel fût annulée, attendu qu'elle ne pouvait pas être réputée *signée* de l'appelant comme l'exigeait l'article cité.

Le 7 octobre 1809, arrêt par lequel, considérant que, d'après l'usage constamment suivi en Toscane avant la publication des lois françaises, un acte souscrit d'une simple croix par une partie qui ne savait pas écrire, et signé de deux témoins, a toujours été assimilé à un acte signé par cette partie elle-même; que Ferdinand Baioni a pu croire de très-bonne foi que les lois françaises n'avaient pas dérogé à cet usage, et qu'il pouvait encore s'y conformer dans la rédaction de son mandat pour appeler; que, dans une matière aussi favorable, il y aurait une excessive rigueur à déclarer nul l'acte d'appel qui a été fait en vertu de ce mandat; la cour de justice criminelle reçoit l'appel de Baioni et y fait droit.

Le ministère public se pourvoit en cassation; mais, par arrêt du 23 novembre 1809,

« Considérant que la cour dont l'arrêt est attaqué, en rejetant d'après les circonstances reconnues par ledit arrêt, la fin de non-recevoir proposée par le procureur général près ladite cour, contre l'appel interjeté par Ferdinand Baioni, du jugement de première instance, n'a contrevenu formellement à aucune loi;

» La cour rejette le pourvoi.....».

IX. Un acte quelconque peut-il être déclaré faux, sur le fondement que la personne qui a stipulé ou disposé par cet acte, l'a signé d'un nom qui n'est pas le sien, mais qu'elle portait habituellement, et sous lequel on la connaissait dans la société?

On trouvera à l'article *Testament*, sect. 5, n° 2, un arrêt du parlement de Paris du 29 décembre 1788, qui juge positivement qu'un pareil acte n'est ni faux ni nul. On peut encore voir là-dessus ce que je dirai ci-après, §. 3, art. 4, n° 1.

Au surplus, *V.* les articles *Acte notarié*, *Faux* et *Vente*, §. 1, art. 3, n° 7.]]

§. II. *De la Signature des jugemens et des actes judiciaires.*

I. L'usage de signer les jugemens et les actes

judiciaires s'est introduit plus tard et avec plus de peine que celui de signer les contrats; et la raison en est sensible : les jugemens et les actes judiciaires ont, par eux-mêmes, une publicité qui, jusqu'à un certain point, suffit pour en constater l'existence et la teneur.

Aussi le droit romain, qui, dans la loi 17, C. *de fide instrumentorum*, exigeait que les contrats passés devant des notaires ou des tabellions, fussent signés par ces officiers, ne prescrivait-il rien de semblable pour les jugemens et tout ce qui se faisait *apud acta*.

Il paraît que, dans le quatorzième siècle, les jugemens n'étaient pas encore revêtus de la Signature, mais seulement du sceau des magistrats, qui, depuis, ont été astreints à les signer. Du moins, nous trouvons, dans le *Recueil des ordonnances de Louvre*, tome 2, page 124, une ordonnance de Philippe-de-Valois, du 11 mars 1344, qui enjoint aux conseillers des enquêtes du parlement de Paris, quand ils auront rédigé leurs arrêts, de les apporter à la chambre pour y être lus, corrigés et *scellés du sceau du président*.

L'ordonnance de Charles VIII, du mois de juillet 1493, art. 6, fait un pas de plus : elle veut que les arrêts ne puissent être expédiés par le greffier, *qu'ils ne soient signés ou paraphés par l'un des présidens, et aussi par le conseiller qui en aura fait le rapport*.

Cette loi ne concerne que le parlement de Paris. Mais l'art. 110 de l'ordonnance d'Orléans, du mois de janvier 1560, qui est commun à tous les tribunaux, porte : « Tous arrêts, jugemens et sentences seront dorénavant, si » l'une des parties le requiert, prononcés *après* » *qu'ils auront été signés*, sans attendre le » jour des prononciations ordinaires ».

L'art. 65 de l'ordonnance de Moulins, du mois de février 1566, veut qu'*aucuns arrêts ne soient reçus au greffe, ni prononcés, qu'ils ne soient signés de l'un des présidens des chambres des cours, avec le rapporteur*.

Cette disposition ne s'applique qu'aux arrêts rendus sur rapport. A l'égard des arrêts et des jugemens rendus à l'audience, l'art. 5 du tit. 26 de l'ordonnance du mois d'avril 1667 veut qu'ils soient signés du président ; « Celui qui » aura présidé (y est-il dit), verra, à l'issue » de l'audience, ou dans le même jour, ce que » le greffier aura rédigé, signera le plumitif, » et paraphera chacune sentence, jugement » ou arrêt ».

[[Chose singulière ! Aucune de ces ordonnances n'ayant été publiée en Alsace et en Flandre, l'usage s'est maintenu à Schelestadt, jusqu'en 1747, à Saverne, jusqu'en 1762, et à Lille, jusqu'en 1789, de ne signer aucun des jugemens qui se rendaient dans les deux premières villes, en matière criminelle, et dans la troisième, en matière civile, aux *plaids du Hestal*. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Signature*, §. 4.

II. Aujourd'hui, en matière civile, les arrêts des cours et les jugemens des tribunaux de première instance doivent, sans distinction de ceux qui ont été rendus sur plaidoiries, d'avec ceux qui l'ont été sur rapport, être signés par le président et par le greffier. *V.* les articles *Jugement*, §. 2, n° 6, et *Plumitif*.

Quant aux jugemens des justices de paix, l'art. 18 du code de procédure civile porte que « les minutes de tous jugemens seront » portées par le greffier sur la feuille d'au- » dience, et signées par le juge qui aura tenu » l'audience et par le greffier ».

Et à l'égard des jugemens arbitraux, l'art. 1016 du même code veut qu'ils soient signés *par chacun des arbitres*

III. En matière criminelle, l'art. 438 du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4, ordonnait à peine de nullité, que les arrêts rendus à la suite de déclarations de jurés, fussent signés, sur la minute, par tous les juges.

Cette disposition a fait naître deux questions.

1° Elle n'exigeait pas expressément que la minute des arrêts fût revêtue de la signature du greffier, comme de celle des juges; et cependant la cour de justice criminelle du département du Gers, avait pris sur elle d'annuler, le 29 novembre 1810, sous le prétexte qu'il y manquait la signature du greffier, un arrêt de compétence qu'elle avait précédemment rendu et qui avait été confirmé par la cour de cassation. Mais son arrêt a été cassé en ces termes, le 3 janvier 1811 :

« Le procureur général expose qu'il est chargé par le gouvernement de requérir la cassation d'un arrêt de la cour spéciale du département du Gers.

» Le 31 août dernier, cette cour s'est déclarée, par un arrêt qui a été aussitôt transmis à la cour de cassation, compétente pour juger Sernin Martin et Jean Clavet, prévenus de faux en écriture publique.

» Le 4 octobre suivant, la cour de cassation a confirmé cet arrêt.

» Le 28 novembre, la cour spéciale du Gers s'est rassemblée, et les débats ont été ouverts devant elle sur le fond du procès instruit contre Sernin Martin et Jean Clavet.

» Mais le procureur général ayant remontré *que, vérification par lui faite du registre de la cour, il avait reconnu que l'arrêt de compétence par elle rendu le 31 août, n'était pas revêtu de la signature de Bedout, greffier de la cour à cette époque; que, par suite, cet arrêt lui paraissait incomplet;* il est intervenu, le même jour, un arrêt par lequel, *attendu que, par un usage non interrompu, le greffier de la cour ou son commis ont signé avec les juges les arrêts par elle rendus; que la nécessité de la signature des greffiers, quoique non expressément requise par l'art. 438 de la loi du 3 brumaire an 4, résulte des dispositions de ce même article, combinées avec celles de l'art. 437 de la même loi; que, dans cet état, les registres de la cour n'offrent pas un garant de sa compétence, par le défaut de signature du greffier Bedout, décédé le 17 septembre dernier; que, dès-lors, l'arrêt de compétence est pour non avenu, quoique légalement prononcé, et signé par les juges qui l'ont rendu; la cour, faisant droit sur les réquisitions du procureur général, dans l'objet de régulariser les procédures, déclare n'y avoir lieu de procéder, dans l'état des choses, au jugement définitif de la procédure instruite contre lesdits Martin et Clavet; comme aussi annulle les débats qui ont eu lieu en exécution de l'arrêt de compétence par elle rendu le 31 du mois d'août dernier, sauf à être statué à un nouvel arrêt de compétence sur cette même procédure.*

» En prononçant ainsi, la cour spéciale du Gers a tout-à-la-fois commis un excès de pouvoir et violé les art. 438 et 456 du Code du 3 brumaire an 4.

» Elle a commis un excès de pouvoir: car la cour de cassation ayant confirmé, le 4 octobre dernier, l'arrêt de compétence que la cour spéciale avait rendu le 31 août, et ayant par conséquent jugé que cet arrêt avait une existence légale, il n'appartenait plus à la cour spéciale de le regarder comme non existant, il ne lui était plus permis d'en examiner la légalité; et les vices de forme qu'on aurait pu, dans le principe, reprocher à cet arrêt, étaient irrévocablement couverts.

» Elle a violé les art. 438 et 456 du Code du 3 brumaire an 4; car d'un côté, le §. 2 de l'art. 456 ne permet, même à la cour de cassation, d'annuler les arrêts des cours de justice criminelle, pour omission ou violation des formes dans lesquelles ils doivent être rendus, que dans le cas où ces formes sont prescrites à peine de nullité; et le §. 5 du même article n'autorise les cours de justice criminelle à prononcer d'autres nullités que celles qui sont *établies par la loi*; d'un autre côté, l'art. 438, en disant que *la minute du jugement est signée par les cinq juges qui l'ont rendu, à peine de nullité*, fait clairement entendre qu'il n'y a de requis, à peine de nullité, que la signature des cinq juges, et que la peine de nullité ne peut pas résulter de l'omission de la signature du greffier.

» Qu'importe que, par l'art. 437, il soit dit que *le greffier écrit le jugement*? On peut bien induire de là que le greffier doit signer le jugement, afin de constater que c'est lui qui l'a écrit; mais cet article n'attachant pas la peine de nullité à ses dispositions, un jugement ne pourrait pas être déclaré nul, par cela seul qu'il serait écrit d'une autre main que celle du greffier. Eh! Comment pourrait-il l'être, par cela seul que le greffier ne l'aurait pas signé? Comment l'omission de ce que l'art. 437 ne prescrit qu'implicitement, pourrait-elle opérer une nullité que n'opère pas l'omission de ce qu'il prescrit en termes formels?

» Ce considéré, il plaise à la cour, vu l'art. 80 de la loi du 27 ventôse an 8, les art. 437, 438 et 456 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4, casser et annuler l'arrêt de la cour spéciale du département du Gers, du 28 novembre dernier, ci-dessus mentionné, et dont expédition est ci-jointe; et ordonner qu'à la diligence de l'exposant, l'arrêt à intervenir sera imprimé, et transcrit sur les registres de ladite cour.

» Fait au parquet, le 28 décembre 1810. *Signé* Merlin.

» Ouï le rapport de M. Busschop....;

» La cour, vu son arrêt du 4 octobre 1810 confirmatif de celui rendu par la cour criminelle spéciale du département du Gers, le 31 août de la même année, par lequel cette cour s'est déclarée compétente pour juger les nommés Sernin Martin et Jean Clavet, prévenus de faux en écriture publique;

» Vu également l'arrêt de ladite cour spéciale du 28 novembre 1810, par lequel elle déclare non avenu sondit arrêt de compétence du 4 octobre 1810, sur le motif que la minute de cet arrêt n'a point été revêtu de la signature du greffier;

» Vu les art. 24, 26, 28 et 29, de la loi du 18 pluviôse an 9, ainsi conçus...;

» Vu aussi les art. 328, 437, 438 et 456 du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4....;

» Considérant, en premier lieu, qu'il résulte des dispositions des art. 24 et 26 de la loi du 18 pluviose an 9, ci-dessus cités, que les arrêts de compétence des cours spéciales de

justice criminelle sont rendus en dernier ressort, et que la cour de cassation est seule compétente pour statuer sur la régularité de ces arrêts ; d'où il suit qu'en aucun cas, une cour de justice criminelle spéciale ne peut, sans excéder ses pouvoirs ou violer les règles de compétence, anéantir ou modifier les arrêts qu'elle a rendus relativement à la compétence ;

» Que, dans l'espèce, quoique, par un premier arrêt du 31 août 1810, la cour de justice criminelle spéciale du département du Gers se fût déjà déclarée compétente pour juger lesdits Martin et Clavet, et que cet arrêt eût été confirmé par arrêt de la cour de cassation, du 4 octobre de la même année, néanmoins ladite cour spéciale a, par un arrêt subséquent du 28 novembre 1810, annulé sondit premier arrêt de compétence du 31 août précédent ; et qu'ainsi, elle a manifestement excédé ses pouvoirs et violé les règles de compétence établies par la loi ;

» Considérant, en second lieu, que l'art. 328 du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4, n'autorise les cours de justice criminelle à annuler les actes de procédure que lorsque les formes légales n'y ont pas été observées ; que, dans l'espèce, la cour de justice criminelle spéciale du département du Gers n'a annulé son arrêt de compétence du 31 août 1810, que parceque la minute de cet arrêt n'avait point été revêtue de la signature du greffier ; mais que cette signature n'étant prescrite, ni par les art. 437, 438, ou autres dudit Code, ni par une autre loi quelconque relative à la procédure criminelle, il s'en suit que ladite cour spéciale a, sous ce nouveau rapport, également excédé ses pouvoirs ;

» D'après ces motifs, la cour, faisant droit au réquisitoire du procureur général, casse et annulle l'arrêt de la cour de justice criminelle spéciale du département du Gers, du 28 novembre 1810, et tout ce qui s'en est suivi ».

» 2° Le code du 3 brumaire an 4 ne parlait, ni de la signature des jugemens des tribunaux correctionnels, ni de celle des arrêts rendus sur l'appel de ces jugemens. Devait-on appliquer à ces arrêts la disposition de l'art. 438 ?

Jean Bernard soutenait l'affirmative, en demandant la cassation d'un arrêt de la cour de justice criminelle du département de la Dordogne, du 17 octobre 1808, confirmatif d'un jugement du tribunal correctionnel de Bergerac.

Il prétendait que cet arrêt devait être cassé, par cela seul qu'il n'avait pas annulé le jugement de première instance, sur le fondement que la minute n'en était signée que du président et du greffier.

Mais, par arrêt du 22 décembre 1808, au rapport de M. Rataud,

« Attendu que l'art. 438 du Code des délits et des peines ne s'applique qu'aux jugemens rendus par les cours de justice criminelle avec le concours des jurés, et est, par conséquent, inapplicable aux jugemens rendus correctionnellement par les tribunaux civils, lesquels ne doivent, aux termes de la loi, être signés que par le président et le greffier ;

» La cour rejette le pourvoi.... ».

Le Code d'instruction criminelle de 1808 renouvelle, art. 370 et 593, pour les arrêts des cours d'assises et des cours spéciales, la disposition de l'art. 438 du Code du 3 brumaire an 4 sans cependant y ajouter, comme le faisait, celui-ci, la peine de nullité, particularité sur laquelle je reviendrai ci-après, n° 5.

Mais, ce que ne faisait pas le code du 3 brumaire an 4, il l'étend, par les art. 196 et 211, rapportés aux mots *Tribunal de police*, sect. 2, §. 3, aux jugemens et arrêts rendus en matière correctionnelle ; et par l'art. 234, aux arrêts des chambres d'accusation.

Au surplus, la disposition de l'art. 370 est naturellement restreinte, par la place qu'elle occupe dans le code, aux arrêts définitifs qui condamnent ou absolvent les accusés ; et ce qui prouve clairement qu'elle ne s'applique pas aux arrêts préparatoires ou incidentels qui se rendent, soit avant, soit pendant les débats, c'est que l'art. 277, après avoir parlé des réquisitions que le ministère public peut faire avant et pendant les débats, ajoute : « les » décisions auxquelles ces réquisitions auront » donné lieu, seront signées par le juge qui » aura présidé et par le greffier ».

On a cependant soutenu, dans deux espèces, que des arrêts d'instruction rendus pendant le cours des débats, et transcrits dans le procès-verbal signé du président et du greffier, devaient être considérés comme non-avenus, par cela seul qu'il n'en existait point de minute signée du président et des autres juges.

Dans la première espèce, le condamné avait réclamé contre la position des questions que le président avait soumises au jury ; et il prétendait qu'il n'avait pas été statué sur sa réclamation (ce qui aurait infecté l'arrêt définitif d'une nullité écrite dans l'art. 408), parceque l'existence de l'arrêt qui en avait prononcé le rejet, n'était attestée que par la signature du président et du greffier apposée au bas du procès-verbal dans lequel il était transcrit. Mais par arrêt du 14 décembre 1815, ce moyen

a été écarté, « attendu qu'il est constaté par » le procès-verbal des débats, légalement sig- » né par le président et le greffier, qu'il a » été statué par la cour d'assises sur la récla- » mation de l'accusé relative à la position des » questions; que l'art. 370, invoqué par le » demandeur sur ce moyen, n'est relatif » qu'aux jugemens définitifs; que cet article » n'est pas même prescrit à peine de nullité; » que, d'après l'art. 277, les décisions qui » doivent être rendues par la cour d'assises » sur les réquisitions du ministère public, ont » un caractère d'authenticité suffisant par la » signature du président et du greffier; que » la loi n'ayant établi aucune disposition par- » ticulière relativement aux décisions des mê- » mes cours sur les demandes des accusés, » l'art. 277 peut seul, et par voie de corréla- » tion, leur être applicable ».

Dans la seconde espèce, le nommé Antoine Blandin, condamné à mort par un arrêt de la cour d'assises du département du Rhône, du 16 décembre 1823, se prévalait, en attaquant cet arrêt par la voie de cassation, de ce que deux arrêts d'instruction qui avaient été rendus dans le cours des débats, ne se trouvaient signés que du président et du greffier. Mais son recours en cassation a été rejeté par arrêt du 29 janvier 1824, « attendu que l'art. 370, qui » porte que la minute de l'arrêt sera signée » par les juges qui l'auront rendu, ne s'appli- » que qu'à l'arrêt définitif prononçant des » condamnations contre l'accusé, et nullement » aux arrêts ou décisions d'instruction qui » peuvent être rendus pendant le cours des dé- » bats; qu'il suffit, aux termes de l'art. 277, que » ces derniers arrêts soient signés par le pré- » sident de la cour d'assises et par le greffier; » ce qui a été fait, ainsi qu'il est constaté par » le procès-verbal de la séance (1) ».

A l'égard des tribunaux de simple police, l'art. 164 du même code porte: « La minute » sera signée par le juge qui aura tenu l'au- » dience, dans les vingt-quatre heures au » plus tard, à peine de 25 francs d'amende » contre le greffier, et de prise à partie, s'il » y a lieu, tant contre le greffier que contre le » président ».

IV. Un acte judiciaire est-il nul par cela seul qu'il n'est pas signé par le juge ou l'officier ministériel dont il est l'ouvrage? Doit-il être déclaré tel, sans qu'il soit besoin que la nullité en soit prononcée par la loi?

Oui sans doute, car ce n'est que par la signature du magistrat ou de l'officier ministériel qui est censé l'avoir dressé, que son existence peut être constatée légalement; il n'existe donc pas aux yeux de la loi, lorsqu'il n'est pas revêtu de cette signature; et voici un arrêt de la cour de cassation qui le juge ainsi.

Le 12 mai 1823, arrêt de la cour de justice criminelle du département de Seine et Marne, qui condamne un ancien notaire aux peines portées par la loi contre le fait dont il est accusé.

Le condamné se pourvoit en cassation contre cet arrêt: il se fonde sur l'omission qu'il soutient avoir eu lieu, dans les débats, de plusieurs des formalités requises à peine de nullité par le code d'instruction criminelle; et comme le procès-verbal des débats qui se trouve dans les pièces, ne porte pas la signature du greffier qui l'a dressé, il en tire deux conséquences: la première, que ce procès-verbal est nul; la seconde, que les formalités de l'omission desquelles il se prévaut, doivent être censées avoir été réellement omises.

Par arrêt du 5 juin 1823, au rapport de M. Brière, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Freteau de Peny,

« Vu l'art. 408 du code d'instruction criminelle, qui autorise la cour de cassation à annuler les arrêts des cours d'assises, pour violation ou omission des formalités prescrites sous peine de nullité;

» Vu l'art. 372 du même Code, portant: *le greffier dressera un procès-verbal de la séance, à l'effet de constater que les formalités prescrites ont été observées; il ne sera fait mention au procès-verbal, ni des réponses des accusés, ni du contenu aux dépositions, sans préjudice toutefois de l'exécution de l'art.* 318, *concernant les changemens, variations et contradictions dans les déclarations des témoins. Le procès-verbal sera signé par le président et par le greffier; le défaut de procès-verbal sera puni de* 500 *francs d'amende contre le greffier;*

» Attendu que le greffier a omis de signer le procès-verbal de la séance qui a eu lieu, le 12 mai dernier, devant la cour d'assises du département de Seine et Marne, dans le procès-criminel instruit contre....., ancien notaire, et que, par ce défaut de signature du greffier, le procès-verbal manque d'une forme substantielle ordonnée par la loi, pour qu'il puisse avoir le caractère d'authenticité et de preuve; d'où suit l'impossibilité de s'assurer si les formalités prescrites à peine de nullité, ont été observées; que, dès-lors, et dans l'intérêt de l'accusé condamné, ces formalités sont présumées, de droit, avoir été omises;

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1816, page 11; et année 1824, page 62.

» Attendu que le défaut de signature est le fait du greffier ; que de ce défaut de signature résulte le défaut de procès-verbal ; qu'il y a donc lieu d'appliquer au greffier de la cour d'assises du département de Seine et Marne, la disposition pénale portée au dernier paragraphe dudit art. 372 ;

» La cour casse et annulle les débats qui ont eu lieu le 12 mai dernier devant la cour d'assises du département de Seine et Marne, au procès de....., et tout ce qui s'en est suivi, notamment la déclaration du jury et l'arrêt de condamnation ; condamne le greffier de ladite cour d'assises en l'amende de 500 francs.....».

V. En est-il à cet égard d'un jugement comme d'un simple acte ou procès-verbal judiciaire?

Distinguons d'abord entre les jugemens qui se rendent à huis clos, et ceux qui se prononcent à l'audience.

Les premiers sont de deux sortes : les uns sont des décisions arbitrales, les autres des arrêts de chambres d'accusation.

La signature des arbitres est le seul moyen possible de constater l'existence des décisions arbitrales ; elles sont donc nécessairement réputées non-avenues, sous la modification expliquée ci-après, n° 7, lorsque tous les arbitres, dont on prétend qu'elles sont l'ouvrage, ne les ont pas signées.

Quant aux arrêts des chambres d'accusation, l'art. 234 du code d'instruction criminelle veut, comme on l'a déjà dit, n° 3, qu'ils soient *signés par chacun des juges qui les auront rendus ;* mais il ajoute *qu'il y sera fait mention, à peine de nullité, tant de la réquisition du ministère public, que du nom de chacun des juges;* et il est évident que cet article, en n'appliquant la peine de nullité qu'il prononce, qu'au défaut de la double mention qu'il prescrit, en exclud le défaut de signature des cinq juges dont se compose la chambre d'accusation. C'est ce qu'a en effet jugé formellement un arrêt de la cour de cassation, du 10 mars 1827, rapporté dans le recueil de M. Sirey, tome 27, page 357.

Mais est-ce à dire pour cela qu'un arrêt de chambre d'accusation, qui ne serait revêtu de la signature d'aucun des juges par lesquels il serait prétendu avoir été délibéré, n'en devrait pas moins avoir son effet? Non sans doute, puisque rien n'en constaterait légalement l'existence. On doit seulement conclure de là que, si un pareil arrêt portait la Signature de la majorité des juges qui l'ont rendu, il n'en faudrait pas davantage pour en mettre l'existence à l'abri de toute contestation.

Les jugemens qui se prononcent à l'audience, sont rendus, ou en matière civile, ou en matière de simple police, ou en matière de police correctionnelle, ou en matière criminelle.

Pour ceux qui sont rendus en matière civile par les justices de paix, l'art. 18 du code de procédure se borne à dire que « les minutes » de tout jugement seront portées par le greffier sur la feuille d'audience, et signées par » le juge qui aura tenu l'audience et par le » greffier »; et l'art. 138 du même code, qui est commun aux arrêts des cours et aux jugemens des tribunaux de première instance, dit également que « le président et le greffier signeront la minute de chaque jugement aussitôt qu'il sera rendu ». Mais par cela seul, ces deux articles déterminent la forme dont il faut que le jugement soit revêtu pour que son existence soit constatée légalement ; et ce qui prouve qu'à défaut de cette forme, le jugement est frappé d'une *nullité de non-existence*, c'est que l'art. 139 porte que « les greffiers qui délivreront expédition d'un jugement avant qu'il ait été signé, seront poursuivis comme faussaires ». En effet, dit Pigeau, *Traité de la procédure civile*, tome 1er, page 531, « La grosse n'est autre chose que » la copie de la minute mise en forme exécutoire. Or, *la minute n'a d'existence* que » par la signature du président et du greffier » (art. 138) ; donc, avant cette signature, le » greffier donne copie d'un acte qui n'existe » pas et se rend responsable du crime de » faux ».

Nous disons qu'à défaut de la signature du président et du greffier, le jugement est frappé d'une *nullité de non-existence*, et il faut bien remarquer la différence qu'il y a, relativement à l'objet qui nous occupe ici, entre cette nullité et celle qui provient d'un vice intrinsèque du jugement, tel que le défaut de motifs, le défaut du nombre de juges requis par la loi ; ou le défaut d'assistance d'un ou de plusieurs juges à toutes les audiences de la cause.

La seconde est acquise de plein droit à la partie qui a intérêt de s'en prévaloir, dès l'instant où a été prononcé le jugement qui en est frappé.

Mais il n'en est pas de même de la première.

Il est vrai qu'à s'en tenir rigoureusement, en ce qui concerne les arrêts des cours et les jugemens des tribunaux de première instance, aux termes de l'art. 138 du code de procédure civile, l'arrêt ou le jugement devrait être signé par le président et le greffier, *aussitôt qu'il a été rendu.*

Mais, comme on l'a vu au mot *Plumitif*,

l'art. 36 du décret du 30 mars 1808 permet au président et au greffier de ne le signer que dans les vingt-quatre heures qui en suivent la prononciation.

Il y a plus : l'art. 37 du même décret (sur lequel je reviendrai au n° suivant) ajoute que, si dans les vingt-quatre heures, le président se trouve, par l'effet d'un accident extraordinaire, dans l'impossibilité de signer le jugement, le plus ancien des juges le signera à sa place ; et l'art. 38 veut que, si après ce double délai, la minute d'un jugement n'est pas revêtue des signatures requises, il en soit référé *à la chambre que tient le premier président, laquelle pourra, suivant les circonstances, et sur les conclusions par écrit du procureur général, autoriser un des juges qui ont concouru au jugement, à le signer.*

Ce n'est donc qu'après que cette dernière voie a été épuisée, et que la cour a déclaré ne pouvoir pas, à raison des circonstances, accorder une pareille autorisation, que le jugement non-signé du président et du greffier, doit être réputé non-avenu.

Il y a encore moins de difficulté sur ce point, par rapport aux jugemens des justices de paix. L'art. 18 du code de procédure civile ne fixe pas le délai dans lequel les juges de paix et leurs greffiers devront signer *les minutes des jugemens portées sur les feuilles d'audience.* La nullité de non-existence dont ces jugemens seraient frappés, à défaut de la signature des juges de paix et de leurs greffiers, peut donc être réparée tant que les minutes restent entre les mains des uns et des autres.

Les jugemens des tribunaux de police sembleraient, au premier abord, devoir être exceptés de la règle générale d'après laquelle tout jugement non-revêtu des signatures prescrites par la loi, doit être *réputé* non-avenu ; car l'art. 164 du Code d'instruction criminelle, après avoir dit que « la minute » du jugement sera signée par le juge qui aura » tenu l'audience, dans les vingt-quatre heu» res au plus tard, ajoute : « à peine de » 25 francs contre le greffier », et là paraît devoir s'appliquer la règle établie au mot *Nullité*, §. 1, n° 3, que le législateur, lorsqu'il inflige une peine particulière, sans y joindre celle de nullité, n'est pas présumé vouloir cumuler l'une avec l'autre.

Mais il faut toujours en revenir à cette grande considération, qu'un jugement dont l'existence n'est pas légalement constatée, doit être réputé non-existant ; qu'en droit, *paria sunt non esse et non apparere* ; et que la loi n'admet qu'une seule manière de prouver qu'un jugement a été rendu par un tribunal de police, savoir, la signature du *juge qui a tenu l'audience.*

Peu importe d'ailleurs qu'en thèse générale, la peine particulière dont est punie l'infraction d'une loi relative à la forme de certains actes, exclue l'idée que le législateur ait voulu faire concourir avec cette peine la nullité de ces actes eux-mêmes. Cette règle cesse, comme l'a jugé l'arrêt de la cour de cassation rapporté au n° précédent, lorsqu'il s'agit d'une forme sans l'observation de laquelle l'existence même de l'acte manque de preuve

Enfin, ce qui lève toute difficulté, c'est que l'art. 164 veut que, faute d'avoir signé, dans les vingt-quatre heures au plus tard, la minute du jugement qu'il a rendu en tribunal de police, le juge de paix puisse, *s'il y a lieu*, être pris *à partie*. Il résulte en effet de là bien clairement que le juge de paix qui n'a pas signé, dans le délai fixé par la loi, le jugement qu'il a rendu, peut être déclaré responsable des dommages qu'en éprouve la partie au profit de laquelle il a prononcé ; dommages qui ne peuvent évidemment être l'effet que de l'impuissance où se trouve cette partie de faire usage du jugement qu'elle a obtenu, tant qu'il n'est pas revêtu de la signature du juge de paix.

Toutefois, remarquons bien que la loi n'ouvre point, dans tous les cas, la voie de la prise à partie contre le juge de paix qui n'a pas signé son jugement dans les vingt-quatre heures, et qu'elle ne l'ouvre que *s'il y a lieu*. Qu'entend-elle par là ? Elle entend sans doute qu'encore que le juge de paix n'ait signé qu'après les vingt-quatre heures, le jugement qu'il a rendu en tribunal de police, il ne pourra pas être pris à partie, si ce retard n'a causé de dommage à personne. Et de là il suit très-clairement qu'il n'y a point de délai fatal pour qu'un pareil jugement puisse être valablement revêtu de la signature du juge de paix.

Que les arrêts et les jugemens rendus en matière correctionnelle, qui, aux termes des art. 196 et 211 du Code d'instruction criminelle, doivent être signés par tous les juges qui les ont rendus, ne soient pas exceptés de la règle générale qui veut que tout jugement non-signé soit considéré comme non-existant, cela résulte clairement de la disposition du premier de ces articles, dans laquelle il est dit que « les greffiers qui délivreront expédition » d'un jugement avant qu'il ait été signé, *seront* » *poursuivis comme faussaires*

Mais de ce que ni l'un ni l'autre article ne frappe expressément de la peine de nullité le jugement qui ne serait pas *signé dans les*

vingt quatre heures au plus tard par les juges qui l'auront rendu, il suit tout naturellement

1° Que les signatures apposées au jugement après les vingt-heures, n'en constatent pas moins légalement l'existence, que si elles l'avaient été dans ce délai;

2° Que l'on doit appliquer aux jugemens en matière correctionnelle, l'observation faite ci-dessus par rapport aux arrêts des chambres d'accusation, savoir, que, pour constater légalement l'existence de ces jugemens, il suffit qu'ils portent la signature de la majorité des juges qui les ont délibérés.

A l'égard des arrêts rendus en matière criminelle proprement dite, ou, ce qui est la même chose, des arrêts des cours d'assises, on retrouve dans l'art. 370 du Code d'instruction criminelle, relativement aux signatures dont ils doivent être revêtus, des dispositions absolument calquées sur celles de l'art. 164, concernant la signature des jugemens des tribunaux de police: « la minute de l'arrêt (y » est-il dit) sera signée par les juges qui l'au» ront rendu, à peine de 100 francs d'amende » contre le greffier, et, s'il y a lieu, de prise » à partie tant contre le greffier que contre » les juges. Elle sera signée dans les vingt» quatre heures de la prononciation de l'ar» rêt ».

Ainsi, il est bien clair que le défaut de signature doit opérer sur un arrêt de cour d'assises, le même effet que sur un jugement de tribunal de police, c'est-à-dire, le faire considérer comme non-existant.

Inutilement objecterait-on que les auteurs du Code d'instruction criminelle, lorsqu'ils en ont rédigé l'art. 370, avaient sous les yeux l'art. 348 du Code du 3 brumaire an 4, dans lequel la disposition qui prescrivait la signature de tous les juges, était sanctionnée par la peine de nullité; que cependant ils se sont contentés de reproduire cette disposition, sans y joindre la même sanction; qu'on ne peut pas supposer qu'ils ne l'aient omise que par oubli; et que, dès-là, il est à croire qu'ils ne l'ont omise, que parcequ'ils n'ont pas voulu qu'un arrêt de cour d'assises pût être considéré comme non-avenu, sous le seul prétexte que la signature des cinq juges par lesquels il aurait été rendu, n'y serait pas apposée.

Cette objection ne pourrait être fondée qu'autant qu'il serait possible de supposer que les rédacteurs du Code d'instruction criminelle auraient eu la pensée de donner à un écrit qui présenterait dans son contenu tout ce dont se compose un arrêt, le caractère et l'effet d'un arrêt véritable, lors même qu'il ne serait revêtu d'aucune signature; et une supposition aussi souverainement déraisonnable est évidemment inadmissible. Il faut donc dire qu'en omettant dans l'art. 370 du nouveau Code, la peine de nullité qui se trouvait dans l'art. 348 de l'ancien, ils ont uniquement voulu faire entendre que la signature des cinq juges ne devait pas être regardée comme constituant la forme substantielle d'un arrêt de cour d'assises.

Mais si de là il suit qu'un arrêt de cour d'assises auquel manquerait la signature d'un ou de deux des cinq juges, n'en serait pas moins valable, parceque, comme l'observe très-bien M. Carnot, sur le premier de ces articles, leur concours à cet arrêt serait suffisamment constaté par le procès-verbal des débats; il ne faut pourtant pas pousser cette conséquence jusqu'à dire que, non-seulement l'existence, mais encore la teneur d'un arrêt de cour d'assises peut être prouvé autrement que celle d'une chambre d'accusation, c'est-à-dire, autrement que par la signature de la majorité des juges; car, si le procès-verbal des débats suffit pour constater l'une, il ne suffit certainement pas pour constater l'autre, puis qu'il ne la retrace pas.

VI. Qu'y a-t-il à faire d'après tout cela, pour donner la forme probante à un jugement, lorsque le juge ou l'un des juges à qui la loi impose le devoir de le signer, est empêché, par un accident qui lui est survenu tout-à-coup, d'y apposer sa signature?

Il faut distinguer.

Ou il s'agit d'un jugement qui a été ou a dû être rendu par un seul juge, c'est-à-dire, d'un jugement du tribunal de paix ou de police;

Ou il s'agit soit d'un arrêt rendu par une cour, soit d'un jugement rendu par un tribunal de première instance en matière civile;

Ou il s'agit, soit d'un arrêt de chambre d'accusation, soit d'un jugement ou d'un arrêt rendu en matière correctionnelle, criminelle ou de police;

Ou il s'agit d'un jugement arbitral rendu par un ou deux arbitres.

Au premier cas, il semble que la partie en faveur de laquelle le jugement a été rendu, pourrait s'adresser au tribunal de première instance, qui, après avoir entendu la partie adverse, le juge de paix, si cela était possible, et son greffier, et avoir vérifié la feuille d'audience, ordonnerait, s'il y avait lieu, que le jugement serait expédié sur la signature qu'y apposerait, soit le suppléant du juge de paix, soit le juge de paix du canton le plus voisin.

Le second cas est prévu par le décret du 30 mars 1808, déjà cité plus haut, n° 5; et d'après les règles qui y sont tracées, art. 37, 38 et 74, lorsque le président se trouve, par un accident extraordinaire, dans l'impossibilité de signer la minute de l'arrêt ou du jugement, sa signature peut, dans les vingt-quatre heures qui en suivent la prononciation, être remplacée par celle du plus ancien juge; mais, après ce délai, il doit en être référé à la cour qui a rendu l'arrêt, ou s'il s'agit d'un jugement de première instance, à la cour royale du ressort, laquelle peut, suivant les circonstances, autoriser un des juges qui ont concouru à l'arrêt ou au jugement, à en signer la minute.

Que serait-ce donc si un jugement se trouvait signé, non du président, mais du plus ancien juge, sans qu'il fût constaté, ni qu'il l'a été ainsi parcequ'un *accident extraordinaire* avait mis le président dans l'impossibilité de le signer lui même, ni qu'il l'a été dans les vingt-quatre heures qui en ont immédiatement suivi la prononciation à l'audience? Ce jugement devrait-il être déclaré nul?

Voici ce qu'a décidé là-dessus un arrêt de la cour royale de Toulouse, du 10 avril 1820:

« Attendu qu'il résulte du jugement attaqué, que MM. Taissier, président, Sans et Gros, juges, étaient présens et opinans lors dudit jugement; que cette énonciation est d'autant plus digne de foi, que l'avocat et l'avoué de l'appellant, interpellés s'ils le contestaient, ont déclaré ne pouvoir le contester; que la circonstance prise de ce que ledit jugement, au lieu d'être signé par M. Taissier, président, l'a été par M. Sans, ne saurait détruire le fait, d'ailleurs constant, que trois juges ont concouru audit jugement; qu'il faut seulement en conclure que M. Sans, a signé le jugement dont il s'agit, en l'absence du président, et pour ne pas en retarder l'expédition; que cette marche, loin de présenter aucune irrégularité, est conforme aux lois et réglemens rendus en cette matière; et qu'ainsi, ce jugement ne peut être renversé sous ce rapport;

» La cour met l'appellation au néant. (1) ».

Il ne pouvait y avoir de difficulté à prononcer ainsi dans cette espèce, parcequ'en fait, les deux parties convenaient que le jugement dont il s'agissait, avait été réellement rendu et qu'il l'avait été par le nombre de juges déterminé par la loi; et qu'en droit, la signature du président n'étant pas requise comme une forme essentiellement constitutive de la substance du jugement, mais seulement comme une forme probante de son existence et de sa teneur, elle se trouvait, dans l'espèce, suppléée par une parfaite équipollence.

Mais aurait-on pu prononcer de même, s'il y avait eu contestation entre les parties sur l'existence ou la teneur du jugement? Aurait-on pu dire alors que la Signature du plus ancien juge avait valablement remplacé celle du président, quand même elle eût été apposée dans les vingt-quatre heures de la prononciation du jugement, quand même elle l'eût été après l'expiration des vingt-quatre heures suivantes, quand même elle l'eut été sans que le président eût été placé par un *accident extraordinaire*, dans l'impossibilité de signer, et par la seule raison que ce magistrat ne s'était pas trouvé présent dans le moment précis où l'expédition du jugement avait été demandée par la partie qui y avait intérêt?

Non sans doute. On ne peut pas séparer la faculté accordée au plus ancien juge de remplacer par sa signature celle du président, des conditions sous lesquelles la lui confère le décret du 30 mars 1808, qui a toute la force d'une loi (1). Or, quelles sont ces conditions? C'est 1° qu'il se soit écoulé vingt-quatre heures depuis la prononciation du jugement à l'audience; 2° que le président se trouve, par l'effet d'un accident extraordinaire, dans l'impossibilité de signer lui-même. Que fait, dès-lors, le plus ancien juge qui, hors le cas du concours de ces deux conditions, se met à la place du président pour signer un jugement? Il usurpe un pouvoir qui ne lui appartient pas, il exerce une fonction qui ne lui est pas déléguée, il fait par conséquent un acte radicalement nul.

Il aurait donc fallu, dans l'hypothèse proposée, au lieu de confirmer le jugement dont il s'agissait, le soumettre à l'épreuve ordonnée par les art. 38 et 74 du décret du 30 mars 1808.

Au troisième cas, c'est-à-dire, lorsqu'il s'agit ou d'un arrêt de chambre d'accusation, ou d'un jugement ou d'un arrêt rendu en matière correctionnelle ou criminelle, la signature de tous les juges qui doivent y concourir, n'étant pas prescrite à peine de nullité, et la signature de la majorité des juges étant, à la rigueur, suffisante pour en constater légalement l'existence, il n'y a aucune précaution particulière à prendre pour suppléer à la Sig.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 21, partie 1re, page 251.

(1) *V.* l'article *Loi*, §. 2, n° 1; et l'article *Interprétation*, n° 4.

nature de la minorité ; mais si, dans la majorité, il se trouve des juges qui soient réduits, par accident survenu depuis la prononciation du jugement, à l'impossibilité de signer, il faut de toute nécessité qu'il en soit fait mention.

Enfin, dans le quatrième cas, ou, en d'autres termes, lorsqu'il s'agit d'un jugement arbitral rendu par deux arbitres, l'empêchement qui survient à l'un d'eux de le signer, le rend comme non-avenu, parcequ'il n'y a là, ni feuille d'audience, ni aucun moyen de constater légalement que l'arbitre dont la signature manque, a pris part à la décision signée de son collègue.

Et à plus forte raison en serait-il de même, s'il n'y avait qu'un seul arbitre qui eût écrit sa décision, mais ne l'eût pas signée.

VII. Comment doit-on s'y prendre pour donner une forme probante à un jugement, lorsque le juge ou l'un des juges à qui la loi impose le devoir de le signer, refuse d'y apposer sa Signature ?

Il faut encore distinguer.

S'agit-il d'un jugement de tribunal de paix ou de tribunal de police, que le juge de paix refuse de signer après l'avoir prononcé à l'audience, sous prétexte que, dans l'intervalle, il a reconnu qu'il s'était trompé en le prononçant ?

La partie en faveur de laquelle le jugement a été rendu, paraît n'avoir, pour lui faire donner le complément de forme qui lui manque, qu'une seule voie qui lui soit ouverte : c'est d'obtenir de la cour royale du ressort, un arrêt qui lui permette de prendre à partie le juge de paix : de faire en conséquence assigner celui-ci devant la cour, en mettant en cause son adversaire ; et de conclure à ce qu'il soit ordonné au premier de reconnaître le jugement qu'il a prononcé à l'audience, et de le revêtir de sa Signature ; faute de quoi, la signature de son suppléant ou celle du juge de paix le plus voisin sera déclarée suffisante pour en constater l'existence et la teneur.

S'agit-il d'un jugement du tribunal de première instance ou d'un arrêt de la cour royale, en matière civile, auquel le président refuse d'apposer sa Signature, sous le prétexte qu'il est contraire à son avis ?

En ce cas, nulle difficulté : le plus ancien des juges signe à la place du président, en faisant mention du refus de celui-ci, et il n'est pas même alors nécessaire qu'il attende, pour cela, qu'il se soit écoulé vingt-quatre heures depuis la prononciation du jugement : car l'art. 38 du décret du 30 mars 1808 ne porte que sur le cas où c'est *un accident extraordinaire qui met le président dans l'impossibilité de signer.*

S'agit-il, ou d'un arrêt de chambre d'accusation ou d'un arrêt ou jugement rendu en matière correctionnelle ou criminelle ?

La chose est encore plus simple. M. Carnot remarque, sur l'art. 370 du Code d'instruction criminelle, que, même sous le Code du 3 brumaire an 4, qui exigeait, à peine de nullité, que les arrêts des cours de justice criminelle fussent signés par les cinq juges de la délibération desquels ils étaient le résultat, jamais la cour de cassation n'a annulé ceux qu'avait refusé de signer la minorité des juges qui y avaient concouru, et qu'elle les a, au contraire, maintenus, par la raison « qu'il ne » peut dépendre d'une minorité capricieuse » de faire la loi à la majorité ». On sent que cette raison a encore bien plus de force sous le Code d'instruction criminelle, puisqu'en prescrivant également la signature des cinq juges qui concourent aux arrêts des cours d'assises, ils ne déclarent pas nuls ceux auxquels manquerait la Signature de quelques-uns d'entre eux.

Enfin, s'agit-il d'un jugement arbitral rendu par plusieurs arbitres ?

Un arrêt de la cour de cassation, du 21 thermidor an 9, avait décidé que « le défaut de signature de la part d'un des arbitres, ne rend » pas nulle la sentence arbitrale, lorsqu'il est » d'ailleurs constant que l'arbitre non-signataire y a co-opéré (1) » ; et cette décision est érigée en loi par l'art. 1016 du Code de procédure civile qui, après avoir dit que « le » jugement (arbitral) sera signé par chacun » des arbitres », ajoute : « et dans le cas où il » y aurait plus de deux arbitres, si la minorité refusait de les signer, les autres arbitres » en feraient mention, et le jugement aura » le même effet que s'il avait été signé par chacun des arbitres ».

VIII. Cette disposition de l'art. 1016 du Code de procédure n'étant pas introductive d'un droit nouveau, ne formant pas, dès-lors, une loi spéciale pour les jugemens arbitraux, rien n'empêche qu'on ne l'étende par analogie aux actes judiciaires auxquels le motif en est applicable ; et c'est ce qu'a jugé, relativement aux rapports d'experts, un arrêt de la cour de cassation dont voici l'espèce.

(1) *V.* l'article *Nullité*, §. 1, n° 6.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, année 1807, part. 2, page 1231.

Trois experts avaient été nommés en 1813 pour procéder à une liquidation ; et l'expertise faite, il en avait été dressé un rapport que l'un des trois experts avait refusé de signer.

L'une des parties, se fondant sur l'art. 317 du Code de procédure civile, qui veut que *la rédaction* soit écrite par l'un des experts et signée par tous, demanda, en conséquence, la nullité de ce rapport; et il fut effectivement déclaré nul par un jugement du tribunal de première instance de Calvi.

Mais sur l'appel, arrêt intervint à la cour royale de Bastia, le 1er avril 1817, par lequel ce jugement fut réformé et le rapport déclaré valable, « attendu que l'art 319 du Code de » procédure civile qui veut que tous les ex» perts signent le rapport, doit être expliqué » par l'art. 1016, qui dispose que, si la mino» rité des arbitres refuse de signer, il suffit » qu'il en soit fait mention par les autres, et » que, suivant la jurisprudence de la cour de » cassation, attestée par M. Carnot, sur l'art. » 370 du Code d'instruction criminelle, des » arrêts en matière criminelle ont été déclarés » valables, quoiqu'ils ne fussent par signés » par tous les juges, mais seulement par la » majorité ».

Un recours en cassation a été formé contre cet arrêt, mais inutilement. Il a été rejeté, le 12 novembre 1820, au rapport de M. Dunoyer, « attendu que le procès-verbal de compte et » liquidation étant l'ouvrage de trois person» nes, le refus de signer de l'une d'elles n'a » pas pu priver les parties des droits qui leur » étaient acquis par l'opération faite en com» mun; et qu'il *suffit* que les deux autres aient » *signé*, comme la loi l'autorise en matière » d'arbitrage et même en matière de juge» mens (1) ».

IX. Est-il permis à un magistrat qui appose sa signature à un jugement rendu en matière criminelle ou correctionnelle, d'y ajouter une déclaration contenant qu'il a opiné dans le sens opposé à la majorité qui a formé ce jugement ?

Cette question qui n'aurait jamais dû en être une, s'est présentée en 1822, à l'occasion d'un fait constaté par un procès-verbal ainsi conçu : « Cejourd'hui, 8 mai 1822, à sept heu» res du soir, nous greffier, en chef de la » cour royale séante à Colmar, nous sommes » rendus chez M....., conseiller en la même » cour, pour la Signature à apposer par lui » au bas de l'arrêt rendu hier dans l'affaire du » complot de Belfort ; ce magistrat nous a dé» claré qu'il était prêt à le faire, mais qu'en » marge de cet arrêt, il allait écrire ces mots ; » *je déclare que j'ai opiné, non-seulement* » *pour le petit nombre de mises en liberté* » *qui ont été prononcées, mais encore pour* » *celles de vingt-sept personnes sur les qua*» *rante-quatre qui ont été frappées d'accusa*» *tion ; sur* quoi nous avons déclaré à M..... » que nous ne pouvions recevoir sa déclara» tion en marge de l'arrêt, mais que nous re» digerions à part un acte qui la contiendrait » et qui resterait en minute au greffe de la » cour, et dont il lui serait remis une expédi» dition à l'instant même, au moyen du pré» sent procès-verbal qu'il a signé, ainsi que » le présent arrêt ».

Ce procès-verbal a été transmis à M. le garde des sceaux, ministre de la justice, qui, frappé de l'étrange protestation qui y était consignée, a, par une lettre du 12 juin suivant, chargé M. le procureur général à la cour de cassation d'en requérir l'annullation.

« Un pareil acte (a-t-il dit) est également contraire à toutes les règles anciennes et modernes, à la dignité de la magistrature, et au respect dû à la chose jugée.

» Les ordonnances qui défendent aux magistrats de faire connaître ce qui s'est passé dans le secret de la délibération, et par conséquent d'exprimer une opinion contraire à celle qui a prévalu, sont très-anciennes. Il en existe une de Philippe-de-Valois, de 1344, et une de Charles VII, de 1446. *Post arrestorum prolationem*, est il dit dans la première, *nullus cujus opinionis fuerunt domini debet aliis revelare ; contrarium verò faciens, parjurii pœnam noverit se incurrisse.*

» M. d'Aguesseau, en rapportant ces termes de l'ordonnance, ajoute que *cette règle regarde les présidens, conseillers, avocats et procureurs généraux, greffiers, notaires et secrétaires, huissiers, clercs du greffe, même les prélats et autres qui ont entrée et séance dans les cours.*

» Les lois modernes ne sont pas moins précises; elles ont établi deux règles qui condamnent également tout acte par lequel un magistrat, s'isolant de ses collègues, exprime une opinion contraire à celle qui a été consacrée par une décision à laquelle il a concouru.

» 1° Les juges doivent délibérer en secret; c'est ce que porte l'art. 208 de la constitution de l'an 3, qui a abrogé une loi du 26 mars 1793, par laquelle il avait été ordonné que chaque juge opinerait à haute voix; c'est ce que décide encore l'art. 369 du Code d'instruction crimi-

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1821, page 308.

nelle. Il est clair que le législateur veut que les opinions individuelles restent inconnues: On va directement contre cette volonté, si l'on permet à tous les dissidens de protester, puisqu'alors il peut arriver que tous les vôtes deviennent publics.

» 2° Les art. 234 et 370 du Code d'instruction criminelle veulent que les arrêts en matière criminelle, soient signés par tous les juges qui y ont concouru; ils exigent donc que chacun de ces magistrats en accepte la responsabilité. Ainsi, le juge qui ne signe qu'en déclarant qu'il n'est pas de l'avis du jugement, méconnaît tout-à-fait l'intention du législateur. Il donne une Signature, pour ainsi dire, vaine et illusoire. La loi a entendu que le jugement serait soutenu par l'autorité de son nom; et au contraire, il emploie cette autorité pour le combattre.

» Enfin, comme je l'ai dit, de telles protestations blessent la dignité de la magistrature, en révélant le secret des discussions qui se sont agitées dans le sein d'un corps judiciaire, des erreurs qui y ont été soutenues, et même des passions qui ont pu y faire entendre leur voix; elles portent atteinte à la chose jugée; car elles font connaître l'opposition qu'a rencontrée l'avis de la majorité, et elles provoquent le public à se ranger du côté de cette opposition.....

» Je ne puis donc tolérer une déclaration de la nature de celles dont il s'agit ».

Le 19 du même mois, réquisitoire de M. le procureur général calqué sur cette lettre; et le 29, arrêt, au rapport de M. Aumont, par lequel,

« Vu le requisitoire du procureur général en la cour, par lequel..... il demande l'annullation d'un acte du 8 mai dernier, dans lequel un magistrat de la cour royale de Colmar déclare que, *dans l'affaire du complot de Belfort, il a opiné, non-seulement pour le petit nombre de mises en liberté qui ont été prononcées, mais encore pour celles de vingt-sept personnes sur les quarante-quatre qui ont été frappées d'accusation;*

» Attendu que ce magistrat a exigé qu'il fût rédigé acte de cette déclaration, comme une condition de la signature que le greffier l'invitait à apposer au pied de l'arrêt de mise en accusation; que cette déclaration est donc indivisible de cette signature; qu'elle a donc le même caractère, et que, comme elle, elle est un acte judiciaire;

» Vu l'art. 441 du Code d'instruction criminelle, aux termes duquel la cour de cassation annulle les actes judiciaires qui lui sont dénoncés par le procureur général du roi, en exécution des ordres du ministre de la justice;

» Faisant droit au réquisitoire dudit procureur général, et adoptant les motifs y énoncés;

» La cour casse et annulle la déclaration de M...., conseiller à la cour royale de Colmar, du 8 mai dernier, portant qu'il a opiné, non-seulement pour le petit nombre de mises en liberté qui ont été prononcées, mais encore pour celles de vingt-sept personnes sur les quarante-quatre qui ont été frappées d'accusation (1) ».

X. Est-il nécessaire de relater littéralement, dans l'expédition d'un jugement, les signatures apposées sur la *minute*, ou *suffit-il* d'y exprimer que la minute est signée par le président et le greffier, si c'est en matière *civile*, et par tous les juges et le greffier, si c'est en matière correctionnelle ou criminelle?

Cette question était clairement résolue par la constitution du 5 septembre 1791, tit. 3, chap. 5, art. 24 : « les expéditions exécutoires » des jugemens (portait-elle) seront conçues » ainsi qu'il suit : N. (Le nom du roi), par la » grâce de Dieu...., à tous présens et à venir, » salut, le tribunal de..... a rendu le jugement » suivant : *(ici sera copié le jugement dans lequel il sera fait mention du nom des juges)*: » mandons et ordonnons..... En foi de quoi le » présent jugement a été signé par le président » du tribunal et par le greffier ».

La loi en forme d'instruction sur la procédure par jurés, du 29 septembre, 22 octobre de la même année, avait prescrit la même formule pour les expéditions exécutoires des jugemens rendus par les tribunaux criminels, sauf que ceux-ci devant être signés sur la minute par tous les juges, elle se terminait ainsi : « fait à....., en l'audience du tribunal criminel où étaient présens N et N, juges du » tribunal qui ont signé la minute du présent » jugement ».

Il est bien évident que, sous l'empire de ces lois, il n'était pas nécessaire de relater littéralement, dans les expéditions des jugemens, les signatures dont la minute se trouvait revêtue, et qu'il suffisait d'y énoncer qu'elles y étaient apposées.

Cette formule a-t-elle été changée depuis?

Elle ne l'a certainement pas été par le sénatus-consulte du 28 floréal an 12, qui, en réglant, art. 141, la manière de *rédiger les expéditions exécutoires des jugemens*, n'a fait que copier mot pour mot l'art. 24 du chap. 5 du tit. 3 de la constitution du 5 septembre 1791.

A-t-elle été changée par l'art. 138 du Code de procédure civile? Non: cet article se borne à dire que « le président et le greffier signe-

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 25, page 269.

» ront *la minute* de chaque jugement aussitôt » qu'il sera rendu »; il n'ajoute pas que leurs signatures seront littéralement relatées dans l'expédition.

Il s'est pourtant élevé là-dessus une contestation fort sérieuse et qui a été portée jusqu'à la cour de cassation.

Le 7 février 1820, arrêt de la cour royale d'Aix, qui, avant faire droit sur la demande en séparation de corps formée par la dame Charve contre son mari, ordonne une enquête sur certains faits.

La dame Charve lève une expédition de cet arrêt, et le fait signifier à son mari, avec citation à jour et heure fixes pour être présent à l'audition des témoins qu'elle se propose de faire entendre.

Le sieur Charve comparait aux jour et heure indiqués, mais s'oppose à l'audition des témoins, sous le prétexte que l'expédition de l'arrêt en vertu duquel il a été cité, ne relate pas textuellement la Signature du président et du greffier sur la minute; et se borne a énoncer que la minute est signée par l'un et l'autre.

Le commissaire passe outre, et les témoins sont entendus.

Le sieur Charve demande, en conséquence, la nullité de l'enquête.

Débouté par arrêt du 11 août de la même année, il se pourvoit en cassation, pour violation de l'art. 138 du Code de procédure civile.

Mais par arrêt du 24 mai 1821, au rapport de M. Lasagni, son recours est rejeté, « attendu » que l'expédition de l'arrêt interlocutoire sur » laquelle la femme Charve a fait procéder à » son enquête, énonce, dans le mandement » exécutoire, que ledit arrêt a été signé par le » premier président de la cour et par le greffier; qu'ainsi le vœu de l'art. 138 du Code de » procédure civile a été rempli (1) ».

XI. Le défaut de Signature d'un jugement sur le registre où il est inscrit, peut-il, dans l'absence d'une minute signée, autoriser le tribunal qui est censé l'avoir rendu, à le regarder comme non-existant, quoiqu'on lui en représente une expédition authentique?

Il y a dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Signature*, §. 5, un arrêt de la cour de cassation, du 29 messidor an 8, qui juge que non.

XII. Les Signatures des parties sont-elles nécessaires pour rendre obligatoires les conventions qu'elles passent à l'audience, les consentemens qu'elles y donnent, les offres qu'elles y font?

L'affirmative ne souffrirait aucun doute, si l'on devait s'en rapporter à un arrêt du parlement de Rouen, du 6 avril 1581, qui se trouve à la fin du tome 1 du Commentaire de Basnage sur la coutume de Normandie, édition de 1778. Cet arrêt « enjoint à tous juges » du ressort, quand les parties litigantes feront » aucunes reconnaissances, offres et obéissances, ou prêteront aucuns consentemens en » jugement, les leur faire arrêter et signer au » greffe, sur peine de nullité, répondre des » dépens, dommages et intérêts des parties ».

Charondas, dans ses *Réponses du droit français*, liv. 11, rép. 35, rapporte deux arrêts du parlement de Paris, qui sont conformes à ce réglement.

« Pour celui (dit-il) qui aurait obtenu sentence de provision en baillant caution, se présente en jugement un qui dit le cautionner; il est reçu pour caution, sans toutefois avoir signé l'acte. Depuis, le principal est jugé contre celui qui avait obtenu la sentence de provision: et la caution étant poursuivie, débat l'acte de nullité, contre lequel on allègue que c'est un acte donné en jugement, qu'il n'était besoin de faire signer par la caution, parceque la présence du juge suffisait, qui pouvait suppléer le défaut de la Signature, qui était plutôt de la formalité que de l'essence de l'acte.

» La caution ayant maintenu ledit acte faux, et fait apporter la minute, remontre que l'ordonnance d'Orléans porte que tous actes doivent être signés par ceux qui contractent et s'obligent, sur peine de nullité; que les actes faits en jugement, ne peuvent avoir plus d'effet obligatoire que ceux passés par-devant notaires, lesquels, toutefois, sont nuls, s'ils n'ont été signés des parties qui peuvent signer; et peut bien le juge ordonner que la caution sera reçue, ce qui s'entend pour la qualité et suffisance de la personne, et non l'obliger, si elle ne s'oblige suivant la forme portée par l'ordonnance, qui est de signer, qui est une forme essentielle qu'il faut observer sur peine de nullité, L. *Si quis mihi* 25, §. *Sed si mandavit, ubi notat Baldus*, D. *de adquir. vel. omitt. hered.* L. *Julianus scribit*, §. *Si quis*, D. *ad exibendum*.

» Par arrêt du 21 mars 1595, pour un nommé François Cochelin, et autre du 27 janvier 1596, au rapport de M. de Bragelogne, entre Gallois Le Picard et demoiselle Hélène de Breda, sa femme, demandeurs, et Jean Le Meau, a été jugé que, si tel acte de caution n'est signé

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1821, page 102.

de celui qu'on prétend avoir cautionné, il sera déclaré nul et de nul effet ».

La question est aujourd'hui sans objet pour le cautionnement judiciaire, parceque les art. 519 et 522 du Code de procédure civile veulent, en renouvelant les dispositions des art. 2 et 4 du tit. 28 de l'ordonnance de 1667, que les cautions fournies en justice fassent leur *soumission au greffe*, ce qui tout à la fois les dispense et les empêche de s'obliger à l'audience.

Mais, en thèse générale, il est certain que les parties sont valablement liées par les déclarations qu'elles font et acceptent respectivement en justice, et que leur Signature n'est pas nécessaire pour imprimer à ces déclarations un caractère obligatoire. C'est ce que la cour de cassation a jugé solennellement dans l'espèce suivante :

Les frères Carbonnel de Canisi et le sieur Morel de Than étaient en instance devant un juge de paix de l'arrondissement de Caen. Avant de statuer sur leur différend, le juge de paix admet l'une des parties à prouver par témoins les faits qu'elle articule pour sa défense, sauf à l'autre partie la preuve contraire.

En conséquence, l'une des parties fait son enquête, et l'autre procède à sa contr'enquête.

Les choses en cet état, les sieurs Carbonnel demandent à faire entendre de nouveaux témoins *par suite d'enquête*. Le sieur Morel de Than y consent, et demande que de nouveaux témoins soient également entendus à sa requête.

Le juge de paix donne acte aux parties de leur consentement mutuel, et désigne jour pour l'audition des nouveaux témoins.

Au jour indiqué, les sieurs Carbonnel reviennent sur leurs pas, et demandent que les enquêtes respectives *restent closes dès la première audience*.

Le juge de paix, considérant que les sieurs Carbonnel ont eux-mêmes provoqué l'audition des nouveaux témoins, passe outre, entend les témoins produits par le sieur Morel de Than, et en définitive, condamne les sieurs Carbonnel.

Ceux-ci appellent du jugement, soutiennent que le juge de paix n'a pas pu proroger une enquête qui était irrévocablement close; et, pour prouver qu'à défaut de Signature de leur part, le consentement qu'ils ont donné à l'audition de nouveaux témoins, n'a pas pu les lier, invoquent l'art. 11 du tit. 1er de la loi du 14-26 octobre 1790 (renouvelé par l'art. 7 du Code de procédure civile), lequel est ainsi conçu : *Les parties pourront toujours se présenter volontairement devant un juge de paix, auquel cas il jugera leur différend, soit en dernier ressort, si les lois ou les parties l'y autorisent, soit à la charge de l'appel, encore qu'il ne fût le juge naturel des parties, ni à raison du domicile du défendeur, ni à raison de la situation de l'objet litigieux. La déclaration des parties qui demanderont jugement, sera signée par elles, ou mention sera faite si elles ne peuvent signer.*

Par jugement du 6 floréal an 12, « attendu » que le contrat judiciaire formé entre les par» ties, n'était pas parfait, parceque celles-ci, ni » leurs fondés de pouvoir, n'avaient pas signé » la demande à fin d'audition de nouveaux té» moins; que cette signature était exigée par » l'art. 11 du tit. 1er de la loi du 14-26 octobre » 1790 »; le tribunal civil de l'arrondissement de Caen réforme le jugement du juge de paix.

Le sieur Morel de Than se pourvoit en cassation.

L'affaire portée à l'audience de la section civile, après un arrêt d'admission, M. Daniels, organe du ministère public, s'explique en ces termes :

« La *première*, et peut-être la *seule* question que nous ayons à examiner, est celle de savoir si le procès-verbal du juge de paix, suivant lequel les *deux* parties auraient demandé de faire entendre de nouveaux témoins par suite d'enquête, *fait foi jusqu'à inscription de faux*, et si le tribunal de Caen, en jugeant le contraire, a fait une fausse application de l'art. 20 du tit. 1er de la loi du 14-26 octobre 1790.

» L'article cité porte que la déclaration des parties, *par laquelle elles auront volontairement saisi le juge de paix*, sera reçue *par écrit* devant le juge, et signée par les parties; que mention sera faite si elles ne peuvent pas signer. Le tribunal de Caen a pensé qu'il y avait lieu d'appliquer les mêmes dispositions à l'espèce. Si le juge, dans ses fonctions, s'écarte des dispositions de la loi, et que ce soit du consentement des parties, a-t-il dit, il doit *leur faire signer* leur consentement ou leur demande; autrement, il lui serait loisible de *changer* à son gré les erremens que les parties auraient contractés.

» Le tribunal de Caen est allé plus loin encore : il a soutenu que les héritiers de la demoiselle de Vassy n'avaient jamais pris les conclusions que le juge de paix leur a supposées : *considérant*, a-t-il dit, *qu'inutilement on opposerait la disposition du jugement du 6 germinal, au chef qui porte que, sur la demande de toutes les parties en cause, mandement leur est accordé pour faire assigner nouveaux témoins par suite d'enquête, puis-*

que, d'après les conclutions prises par les parties, cette disposition est le fait du juge; qu'à l'audience du 14 germinal an 12, avant l'audition des nouveaux témoins administrés par Morel pour la seconde enquête, les sieurs Carbonnel se sont opposés à leur audition par les conclusions qu'ils y ont prises, et dans lesquelles ils soutiennent que le jugement du 23 ventôse précédent avait irrévocablement fixé les erremens de la cause; ce qui exclud toute idée qu'à l'audience du 6 germinal, ils aient conclu ou demandé autre chose que défaut sur celui de leurs témoins qui était défaillant pour cause de maladie.

» Vous voyez donc que le tribunal de Caen a regardé comme *faux* tout ce que le juge de paix avait consigné dans la sentence du 6 germinal, relativement à la demande des *deux parties*, de faire entendre de nouveaux témoins.

» Les termes de la sentence sont clairs et précis; il est impossible de les interpréter de deux manières. Le jour ci-dessus, y est-il dit, les parties font entendre des témoins de part et d'autre; *mais ne trouvant pas leurs preuves suffisamment faites, ni les unes ni les autres*, demandèrent *respectivement* mandement pour faire assigner nouveaux témoins par suite d'enquête; et les sieurs Carbonnel de Canisy demandèrent, *en outre*, défaut sur Pierre Étienne, un de leurs témoins assignés, qui n'avait pas comparu pour cause de maladie, et invitèrent le juge de paix de se transporter à son domicile pour recevoir sa déposition; sur quoi le juge de paix prononça: *Leur demande à l'une et à l'autre est octroyée*: et la cause est renvoyée au 14 du même mois.

» Ce n'est pas tout: à l'audience du 14 germinal, le juge de paix persiste à dire que, le 6 du même mois, les deux parties ne trouvant pas leur preuve suffisamment faite, avaient demandé respectivement le renvoi à huitaine pour en faire entendre par addition; que le sieur Basire, porteur des pouvoirs des sieurs Carbonnel, fit le premier cette demande; et sur ce motif, il ordonna, par une sentence rendue le même jour, que, sans avoir égard à l'incident proposé par les sieurs Carbonnel de Canisy, les témoins que le sieur Morel de Than avait fait citer par suite d'enquête, seraient entendus incontinent.

» Il faut donc de deux choses l'une: ou que le procès-verbal du juge de paix et la sentence du 6 germinal renferment un faux bien caractérisé, et que, le 14 du même mois, le juge de paix se soit rendu une seconde fois coupable du même crime: ou que nous admettions ce point de fait, que les deux parties avaient consenti à l'audition de nouveaux témoins.

» Pour arguer de faux le procès-verbal du 6 germinal, et la sentence rendue le même jour, il fallait que la partie s'inscrivit en faux; et jamais les sieurs Carbonnel de Canisy n'ont pris cette voie: les deux pièces subsistent par conséquent dans toute leur force comme pièces authentiques; elles font foi: et le tribunal de première instance de Caen, en les écartant sous le prétexte qu'elles n'étaient que le fait du juge de paix, a violé l'art. 1319 du Code civil.

» Vainement a-t-on dit qu'à l'audience du 14 germinal, les sieurs Carbonnel de Canisy se sont *opposés* à l'audition de nouveaux témoins, puisque cette opposition ne prouve pas du tout qu'ils n'avaient pas consenti le 6, ce qu'ils ne voulaient plus le 14; et que d'ailleurs la dénégation la plus formelle d'une partie, ne peut pas balancer la foi due à une pièce authentique.

» Pour écarter le procès-verbal du juge de paix, on devait établir qu'il n'a pas été rédigé avec les *solennités requises*; mais comment voudra-t-on faire reproche à la sentence que le juge de paix avait fondée sur le consentement formel des deux parties, *consigné dans le procès-verbal*; et comment nous persuader que le juge de paix était tenu de faire signer son procès-verbal par les parties ou d'y faire mention qu'elles ne pouvaient pas signer?

» L'art. 11 du tit. 1er de la loi du 14-26 octobre 1790, ne parle que d'un cas particulier, de celui où le juge de paix prétend que les parties se sont présentées *volontairement* et *sans citation*, en déclarant qu'elles demandaient jugement.

» On peut alors distinguer deux espèces: ou le juge de paix était le *juge naturel*, des parties, ou il *ne l'était pas*. Dans le second cas, il faut bien que le consentement des parties soit constaté indépendamment du procès-verbal du juge de paix, puisque dans, le système contraire, il serait témoin *dans sa propre cause*. Son procès-verbal ne fait foi qu'autant qu'il est l'ouvrage d'un officier public agissant dans la sphère de ses fonctions; il faut par conséquent, avant tout, que le rédacteur du procès-verbal soit juge; et, dans l'espèce, il ne le serait devenu que par le consentement des parties; il est donc de toute nécessité que ce consentement soit prouvé par la *Signature* des parties.

» Si, au contraire, les parties se présentent volontairement et sans citation devant le juge de paix, qui d'ailleurs était leur juge naturel,

le législateur parait avoir exigé la rédaction d'un procès-verbal signé par les parties, pour que cette présentation volontaire ne puisse servir de moyen pour éluder les droits d'enregistrement qu'on aurait dû payer pour la *citation*.

» Quoi qu'il en soit, l'art. 11 n'est applicable qu'au cas *particulier* qu'il renferme : on ne peut pas en induire la règle générale, que le juge de paix est tenu de faire signer son procès-verbal par les parties, toutes les fois qu'il s'agit de procéder à un acte qui, sans leur consentement, ne serait pas dans le sens de la loi. Ce consentement est suffisamment constaté par le procès-verbal et la sentence qui en fait mention expresse.

» Il est donc inutile d'examiner si le juge de paix, après avoir entendu les témoins des deux parties, pouvait leur permettre d'en produire de nouveaux, quand même elles n'auraient pas fait cette demande d'un commun accord.

» Dans l'espèce, le fait de leur consentement n'est pas douteux ; et le tribunal de Caen, en le révoquant en doute, n'a pas seulement décidé une question de fait : il a méconnu la foi due aux actes authentiques ; il a fait une fausse application de l'art. 11 du tit. 1er de la loi du 14-26 octobre 1790.

» Nous dira-t-on que le consentement des parties n'était d'aucun effet ? Mais on peut toujours renoncer à son droit. Ce n'est que la crainte de la subornation qui a fait adopter la règle suivant laquelle il n'est pas permis de produire de nouveaux témoins, dès qu'on connaît la déposition des premiers. Or, si la partie déclare qu'elle ne craint pas cette subornation, qu'elle a trop de confiance dans la probité des témoins pour s'opposer à leur audition ; si, à son tour, elle demande qu'on l'admette également à continuer son enquête, pourquoi ne serait-il pas permis au juge d'accueillir ces conclusions respectives des deux parties ? Aussi le tribunal d'appel n'a-t-il pas décidé que le consentement mutuel des deux parties ne suffisait pas pour autoriser le juge de paix à continuer l'enquête : il a seulement soutenu que le procès-verbal du juge de paix ne méritait aucun égard, qu'il renfermait un faux bien caractérisé, et que la sentence du juge de paix méritait le même reproche ; il a donc violé la foi due aux actes authentiques, en soutenant que la Signature des parties était nécessaire ; il a créé une nullité, et fait une fausse application de l'art. 11 du tit. 1er précité.

» Avant la nouvelle organisation, il était également prescrit d'entendre les témoins séparément, l'un après l'autre, et en l'absence l'un de l'autre, à peine de nullité ; et cependant Masuer, dans sa *Pratique*, page 245, atteste qu'il était permis d'en agir autrement, si c'était pour choses légères, *du consentement des parties*. Pourquoi ce consentement serait-il sans effet dans notre espèce ?

» Dans ces circonstances, nous estimons qu'il y a lieu de casser et annuler le jugement du tribunal civil de l'arrondissement de Caen, du 6 floréal an 12 ».

Par arrêt du 3 octobre 1808, au rapport de M. Doutrepont,

« Attendu que dans le cas de l'art. 11 du tit. 1er de la loi du 14-26 octobre 1790, le juge de paix ne peut être saisi du différend des parties, avant qu'elles l'aient constitué juge par une espèce de compromis signé d'elles ; qu'au contraire, quand le juge de paix est saisi du litige, aucune loi n'exige que les parties ou leurs fondés de pouvoir signent leurs dires, ni les arrangemens qu'elles font à l'audience, pour parvenir à l'instruction de la cause ;

» Attendu qu'à l'audience du 6 germinal an 12, les fondés de pouvoir des parties, lesquels n'ont pas été désavoués par elles, ont demandé de pouvoir faire respectivement entendre des témoins par suite d'enquête ; et le juge de paix ayant fixé le jour pour recevoir ces nouvelles dépositions, il en est résulté un contrat judiciaire authentique qui doit faire pleine foi de la convention qu'il renferme, selon l'art. 1319 du Code civil, contrat que le tribunal civil de Caen a méprisé, sans aucune raison légitime, d'autant plus qu'aucune loi relative à la procédure devant la justice de paix, ne défend aux parties de faire un tel accord dans le cours d'une procédure ;

» La cour casse et annulle ».

XIII. 1° Les actes judiciaires qui ne se font pas à l'audience, sont-ils nuls à défaut de Signature des parties qui y figurent ?

2° Est-il nécessaire que les préposés aux droits du fisc, qui affirment un procès-verbal de contravention devant un juge, signent avec lui l'acte d'affirmation ?

V. l'article *Procès-verbal*, §. 4, n° 5 *bis*.]]

§. III. *De la Signature des dispositions de dernière volonté.*

Il y a six questions à examiner dans les dispositions de dernière volonté, par rapport à la Signature :

1° Quelles sont les personnes dont la Signature est tellement nécessaire qu'elle ne puisse être suppléée par la déclaration qu'elles ne peuvent ou ne savent pas signer ?

2° Dans le cas où cette déclaration peut

suffire, comment et dans quelle partie de l'acte, faut-il qu'il en soit fait mention?

3° Lorsque les personnes dont la Signature est requise, signent réellement, doit-il, et comment doit-il en être fait mention dans le corps de l'acte?

[[4° Un testament est-il nul lorsque la Signature dont il est revêtu par le testateur, n'est pas celle de son véritable nom de famille?

5° Un testament est-il nul, lorsque la Signature dont-il est revêtu par le testateur, ne présente que, ou ses prénoms, ou l'un de ses prénoms, ou les lettres initiales, soit de son nom et de ses prénoms tout à-la-fois, soit de ses prénoms seulement?

6° Un testament est-il nul lorsque la Signature dont il est revêtu par le testateur, est mal formée et que les caractères en sont presque illisibles?]]

Ces six questions demandent chacune des détails particuliers. Reprenons-les séparément.

[[Nous nous occuperons ensuite spécialement de la Signature des testamens olographes.]].

ART. I. *Quelles sont les personnes dont la Signature est tellement nécessaire, qu'elle ne peut être suppléée par leur déclaration de ne pouvoir signer?*

Il peut intervenir trois sortes de personnes dans un testament : celui qui dispose, un ou deux officiers publics, et des témoins.

I. La Signature de celui qui dispose, peut régulièrement être suppléée par sa déclaration de ne pouvoir signer; mais les testamens olographes sont exceptés de cette règle, parcequ'ils tirent toute leur force de la signature même du testateur, et qu'il est de leur essence d'être écrits en entier de sa main.

II. Les officiers publics qui reçoivent un testament, doivent indispensablement le signer : il n'y a point de déclaration qui puisse remplacer cette formalité.

Il s'était introduit, au commencement du 17e siècle, un usage contraire dans la capitale; mais c'était un abus condamné par les art. 83 et 84 de l'ordonnance d'Orléans : aussi fut-il réformé par un arrêt du parlement de Paris, du 18 mars 1624 (1).

(1) Cet arrêt qui est rapporté par Bardet, dans l'ordre de sa date, ordonne « que les notaires qui seront mandés pour recevoir les testamens, seront tenus, après qu'il aura été dicté, nommé, lu et relu, de le signer en présence du testateur, sans divertir, à peine de nullité et dommages et intérêts des parties ».

Les pays de droit écrit avaient adopté le même abus; et il s'y était tellement enraciné, que M. l'avocat-général Servin ne balança point, en portant la parole sur l'affaire jugée par l'arrêt dont on vient de parler, de dire que, si la question sur laquelle il s'agissait de prononcer, se fût présentée en pays de droit écrit, elle aurait dû être décidée en faveur du testament.

Ce fut d'après cet usage, qu'un arrêt du parlement d'Aix, du 18 juin 1711, rapporté par Augeard, ordonna l'exécution d'un testament fait en 1558, dont il n'y avait point d'autre preuve qu'une expédition tirée sur le registre du notaire, non signée de lui.

Le recueil de Boniface, tome 2, page 10, nous apprend que cette cour avait pareillement décidé, le 5 février 1654, qu'un testament dont la minute n'était point signée du notaire qui l'avait reçu, ne laissait pas d'être valable.

L'ordonnance de 1735 a dissipé jusqu'à l'ombre de cette mauvaise jurisprudence; et il est aujourd'hui universellement reconnu qu'un testament dans lequel manquerait la Signature de l'officier public qui l'a reçu, serait absolument nul.

III. A l'égard des témoins, il faut relativemens à la nécessité de leur Signature, distinguer en deux époques dans notre jurisprudence.

Avant l'ordonnance de 1735, il était de règle générale que, si les témoins ne savaient pas signer, il suffisait d'en faire mention.

Aujourd'hui, c'est tout le contraire; la règle générale est pour la nécessité absolue de la Signature, et elle souffre peu d'exceptions. *V.* l'article *Témoin instrumentaire*, §. 2, n° 22.]]

ART. II. *Lorsque la déclaration de ne savoir ou ne pouvoir signer, peut suppléer à une signature effective, est-il nécessaire d'en faire mention? Comment et dans quelle partie de l'acte la mention doit-elle en être faite?*

[[I. L'ordonnance de 1735 voulait expressément, art. 5 et 23, qu'il fût fait mention de la déclaration du testateur de ne savoir ou ne pouvoir pas signer; et elle disait la même chose, art. 28, 34, et 45, par rapport aux témoins, dans les cas où elle n'exigeait pas absolument leur Signature effective.

Le Code civil veut également, comme on le verra ci-après, n° 2, que, lorsque le testa-

cur déclare ne savoir ou ne pouvoir pas signer, il en soit fait mention.

Mais il ne prescrit pas la même formalité pour les témoins, dans le très-petit nombre de cas où il n'exige pas que le testament soit revêtu de leur Signature.

Il porte bien, art. 974, après avoir dit que le testament par acte public *devra être signé par les témoins*, que, *dans les campagnes, il suffira qu'un des deux témoins signe, si le testament est reçu par deux notaires, et que deux des quatre témoins signent, s'il est reçu par un notaire ;* mais il n'ajoute pas qu'il sera fait mention de la déclaration qu'auront faite les témoins non-signataires, de leur ignorance ou impossibilité de signer.

Il porte bien, art. 998, après avoir dit que dans les cas où, pour la validité des testamens faits à l'armée, en temps de peste ou sur mer, *la présence de deux témoins est requise, le testament sera signé au moins par l'un d'eux, et qu'il sera fait mention de la cause pour laquelle l'autre n'aura pas signé;* mais il n'ajoute, ni qu'il sera également fait mention de la déclaration faite par ce témoin de son ignorance ou impossibilité de signer, ni qu'il sera nécessaire d'exprimer que ce témoin a déclaré lui-même la cause qui l'a empêché de signer.

Et il paraît que l'on ne peut, ni dans l'un ni dans l'autre article, suppléer, à cet égard, au silence du législateur.

II. Sur le point de savoir comment doit être mentionnée la déclaration du testateur qu'il ne sait ou ne peut pas signer, il s'élève une première question : est-il nécessaire d'ajouter à cette mention celle de la cause pour laquelle le testateur n'a pas signé ?]]

L'ordonnance de 1735 est muette sur cette question. Elle dit seulement, art. 5 et 23, *qu'en cas que le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il en sera fait mention.*

[[Mais il ne pouvait y avoir là-dessus, sous l'empire de cette ordonnance, aucune difficulté, quant à la déclaration *de ne savoir signer*. Le testateur qui déclare ne savoir pas signer, exprime suffisamment la cause pour laquelle il ne signe pas ; et l'on verra tout-à-l'heure que c'est ainsi que la question a été jugée sous le Code civil qui contient la même disposition.

A l'égard de la déclaration *de ne pouvoir signer*, l'art. 63 de l'ordonnance de Blois exigeait qu'elle fût accompagnée de la mention de la cause qui empêchait le testateur de signer.

Il ne l'exigeait, il est vrai, que pour les testamens reçus par les curés et les vicaires ; mais on ne peut douter que sa disposition n'eu fût commune aux testamens reçus par les notaires ; car cet article, après avoir assujéti les curés et les vicaires à exprimer la cause pour laquelle le testateur et les témoins n'auraient pas signé, ajoutait : *suivant nos ordonnances*, termes qui annonçaient clairement que l'intention du législateur était de déclarer, par cet article, que la même obligation était implicitement renfermée, pour les notaires, dans l'injonction que leur faisaient l'art. 84 de l'ordonnance d'Orléans et l'art. 165 de celle de Blois elle-même, de faire mention dans tous leurs actes, de la déclaration que les parties et les témoins auraient faite de ne savoir ou ne pouvoir signer.

Telle était d'ailleurs, pour les testamens reçus même par des notaires, la disposition expresse de la coutume de Paris, art. 289, de celle de Normandie, art. 412, et de celle de Metz, tit. 8, art. 3.

Mais ces dispositions n'étaient-elles pas abrogées par celle de l'ordonnance de 1735 qui la terminait ainsi : « Voulons que la pré-» sente ordonnance soit gardée et observée » dans tout notre royaume...., à compter du » jour de la publication qui en sera faite. » Abrogeons toutes ordonnances, lois, cou-» tumes, statuts, et usages *différens*, ou » *qui seraient contraires aux dispositions* » *y contenues* ».

On trouvera ci-après, n° 8, un arrêt de la cour royale de Toulouse, du 5 août 1821, qui, dans ses motifs, énonce, en passant, l'affirmative comme constante.

Mais il y a tout lieu de croire que cet arrêt se serait expliqué tout autrement là-dessus, s'il eût eu à prononcer directement sur la question.

En effet, d'une part, il n'y avait rien dans les articles cités, soit de l'ordonnance de Blois, soit des coutumes de Paris, de Metz et de Normandie, qui fût *contraire* aux art. 5 et 23 de l'ordonnance de 1735. De l'autre, ils ajoutaient bien à ceux-ci une formalité qui n'y était pas prescrite, mais on ne pouvait pas dire pour cela qu'ils en *différassent* ; et c'est ce que j'expliquerai plus particulièrement ci-après, art. 3, n° 1. C'était donc le cas d'appliquer aux art. 9 et 23 de l'ordonnance de 1735, considérés dans leur rapport avec les articles cités de l'ordonnance de Blois et des coutumes de Paris, de Metz et de Normandie, la règle écrite dans la loi 28, D. *de legibus*, que les lois postérieures se réfèrent toujours aux lois précédentes et s'interprètent par elles, à moins qu'elles ne leur soient contraires : *posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariæ sint.*

Mais la disposition de l'art. 63 de l'ordonnance de Blois devait-elle être étendue, avant comme sous l'ordonnance de 1735, aux provinces dans lesquelles la première de ces ordonnances n'avait pas été publiée, et qui par conséquent n'avaient point là-dessus de loi expresse ?

Elle aurait dû l'être sans difficulté, si elle n'eût été, pour ainsi dire, que l'écho de la raison naturelle.]]

Et c'est effectivement ce qu'enseigne Raviot sur Perrier, quest. 164, en supposant, par une méprise singulière, qu'il n'y a sur ce point aucune loi générale en France.

« Les ordonnances d'Orléans et de Blois (dit-il) n'exigent point disertement l'expression de la cause ; néanmoins il est de règle et d'usage de dire la cause pour laquelle ils n'auraient pas signé.

» Serait-ce assez qu'un notaire déclarât qu'après avoir enquis un testateur de signer, il aurait répondu qu'il ne veut point signer, quoiqu'il sût signer ? Ce refus de signer est un refus de tester.

» Il y a des notaires qui disent simplement : *le testateur ne signe, enquis.* Cela ne suffit pas, il faut marquer la cause de la non Signature, et dire que le testateur ne sait pas signer, de ce enquis, ou s'il sait signer, qu'il ne l'a point fait, à cause de sa faiblesse ou de quelque infirmité corporelle ».

Cette doctrine est confirmée par Anselmo, sur l'art. 12 de l'édit perpétuel de 1611, qui fait loi dans la Belgique. Il n'est point douteux, dit-il, que les notaires ne soient tenus d'exprimer dans le testament, que le testateur ou les témoins qui savent écrire, n'ont pu le faire, à cause de leur indisposition ou de quelque autre infirmité : *Dubium non est quin notarii teneantur testamento adscribere, testatorem seu testes, scribendi ignaros, scribere ob morbum seu aliam infirmitatem non potuisse.*

Cet auteur cite même une déclaration du conseil privé de Bruxelles, du 12 avril 1630, qui, suivant lui, le décide ainsi pour le cas où la non signature provient du défaut de savoir écrire : « Vu (porte-t-elle) l'avis de ceux du conseil » de Brabant, et ce qui a été depuis représenté » par les notaires d'Anvers, sa majesté déclare » que, pour valider les testamens à faire ensuite » de l'art. 12 de l'édit perpétuel de l'an 1611, » il ne suffit que les notaires attestent que la » marque ou les marques y apposées soient » des témoins intervenus à la disposition, mais » qu'ils sont et seront tenus d'exprimer qu'i- » ceux témoins ne savent écrire, à peine de » nullité desdits testamens ».

[[Mais cette interprétation ne portait que sur le cas où le testateur déclarait ne pas savoir signer, c'est-à-dire, sur un cas qui n'offrait de difficulté, par rapport à la Belgique, que parce que l'art. 12 de l'édit perpétuel de 1611 s'exprimait là-dessus d'une manière fort confuse, en disant que *les testamens seront signés des testateurs et de deux témoins à ce appelés, s'ils savent écrire, dont ils seront interpellés par les notaires, qui seront tenus, en l'un et l'autre cas, d'en faire mention en leurs instrumens.*

On ne pouvait donc pas conclure de cette interprétation que, lorsque le testateur, sachant signer, déclarait ne pouvoir pas le faire, il fallût nécessairement faire mention de la cause qui l'en empêchait au moment même de la confection de son testament.

Qu'il soit de la sagesse du législateur d'exiger, en pareil cas, cette mention, et d'en faire une formalité indispensable, cela est tout simple. Mais vouloir que, lorsque le législateur ne l'a point prescrite, elle ne puisse être omise impunément, c'est aller trop loin, c'est supposer au juge le pouvoir d'ajouter à la loi une peine de nullité qu'elle ne prononce pas, c'est oublier les premiers principes.

Ceci nous donne la clé d'une question que fait naître l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11, sur le notariat.

Cet article ne dit pas, au sujet des actes notariés en général, comme l'art. 63 de l'ordonnance de Blois le disait au sujet des testamens reçus par des officiers publics, qu'il sera fait mention expresse de la cause pour laquelle les parties n'auront pu les signer ; il dit simplement, à l'exemple des art. 5 et 23 de l'ordonnance de 1735, que, *quant aux parties qui ne savent ou ne peuvent signer, le notaire doit faire mention..... de leur déclaration à cet égard.*

Que faudrait-il donc décider si nous n'avions pas de loi spéciale sur ce point pour les actes de dernière volonté, à l'égard d'un testament dans lequel il serait simplement dit que le testateur a déclaré savoir signer, mais ne le pouvoir pas en ce moment ?

Nul doute qu'il ne fût vainement attaqué sous le prétexte du défaut de mention de la cause qui a empêché le testateur de signer, comme le serait vainement, sous ce même prétexte, un acte notarié ordinaire.

Mais heureusement l'art. 973 du Code civil supplée, pour les testamens par acte public, à la lacune qui se trouve, en cette partie, dans la loi générale sur le notariat, comme l'art. 976 y supplée pour les testamens mystiques : le premier de ces textes porte : que,

si le testateur, en disposant par acte public, « déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait, dans l'acte, mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la » cause qui l'empêche de signer ».

Et il n'est pas besoin d'avertir que ces derniers mots, *ainsi que de la cause qui l'empêche de signer*, ne se rapportent qu'au cas où le testateur déclare qu'*il ne peut signer*; on sent assez que, si le testateur déclare qu'*il ne sait pas signer*, il exprime par là même pourquoi il ne signe pas, et qu'il n'y a rien de plus à constater.

Voici pourtant une espèce dans laquelle cela a fait la matière d'une contestation sérieuse.

Jeanne-Catherine Bragard, veuve Vinand-Plaise, avait fait un testament qui se terminait par ces mots : « ayant interpellé les témoins » ainsi que la testatrice, s'ils savaient *écrire*, » ladite testatrice a affirmé ne *savoir* le faire, » et lesdits témoins *savoir signer* ». Elle avait apposé une croix à la suite de ces mots; et le notaire avait ajouté, immédiatement après, que cette croix était *la marque de Jeanne-Catherine Bragard, ne sachant écrire.*

L'héritier légitime a attaqué ce testament non, comme on pourrait le croire, d'après ce qui sera dit ci-après, n° 3, sous le prétexte que la déclaration de la testatrice de *ne savoir écrire*, n'équipollait pas à la déclaration de ne *savoir signer*, mais sous le prétexte que la cause qui avait empêché la testatrice de signer, n'était pas exprimée dans l'acte; et les premiers juges ont prononcé en sa faveur.

Mais sur l'appel, arrêt de la cour de Liége, du 24 novembre 1806, qui,

« Attendu qu'il est exprimé deux fois dans ledit testament que la testatrice ne *savait écrire*; d'où il résulte que la cause qui l'a empêchée de signer, est suffisamment désignée selon le vœu de l'art. 973 du Code civil;

» Met l'appellation et ce dont est appel au néant; émendant, déclare valable le testament de Jeanne-Catherine Bragard.... ».

Il y a aussi un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, du 4 février 1813, qui, dans une espèce où le testateur, interrogé par le notaire s'il savait signer, avait répondu qu'il ne le savait pas, mais qu'il signerait par une croix, décide « qu'il n'y avait pas lieu à exprimer la » cause qui l'empêchait de signer, puisque » cette déclaration *de ne savoir signer* emporte suffisamment l'expression de sa cause par » elle-même, d'après le vœu de l'art. 973 du » Code civil ».

A plus forte raison ne pourrait-on pas critiquer, sous le prétexte qu'il n'exprimerait pas suffisamment la cause qui a empêché le testateur de signer, un testament dans lequel il serait dit que le testateur a déclaré ne pouvoir pas signer, parcequ'il ne sait pas écrire; et c'est ce qui a été jugé dans l'espèce suivante.

Le 21 mars 1809, le sieur Waudelin-Henninger fait, au profit de son épouse, un testament à la fin duquel le notaire énonce qu'*interpellé de signer*, il a déclaré *ne pouvoir pas signer, ne sachant pas écrire.*

L'héritier légitime attaque ce testament par plusieurs moyens dont l'un consiste à dire que « l'acte n'exprime pas suffisamment la » cause qui a empêché le testateur de signer, parceque, sans savoir écrire, on peut » savoir signer, c'est-à-dire, figurer et assembler les lettres qui forment le nom ».

Mais par arrêt du 18 novembre 1812, la cour d'appel de Trèves rejette ce moyen, « attendu qu'il a été satisfait aux dernières dispositions de l'art. 973 du Code civil, puisque » le testament exprime que le testateur, interpellé de signer par le notaire, a déclaré qu'il » ne le pouvait pas, ne sachant pas écrire (1) ».

III. Y aurait-il nullité dans un testament non signé du testateur, si le notaire, trop peu attentif à éviter tout ce qui peut servir de prétexte à des difficultés, au lieu d'y énoncer que le testateur a déclaré *ne savoir* ou *ne pouvoir pas signer*, y énonçait que le testateur a déclaré *ne savoir* ou *ne pouvoir pas écrire*?

Il en est de la déclaration de *ne savoir* ou *ne pouvoir pas signer*, dans un testament de la part du testateur qui ne le signe pas, comme des autres formalités dont le testament doit être revêtu : la loi ne prescrit pas plus de termes sacramentels pour exprimer l'une, qu'elle n'en prescrit pour exprimer les autres; et par conséquent l'une peut, comme les autres, être remplie, par ce que Ricard appelle *équipollence parfaitement adéquate et identique, de manière qu'il ne s'y puisse trouver aucune différence* (2).

Y a-t-il donc *équipollence parfaitement adéquate et identique* entre la déclaration de *ne savoir* ou *ne pouvoir pas écrire*, et la déclaration de *ne savoir* ou *ne pouvoir pas signer*?

Il est certain que *signer* c'est *écrire* le nom que l'on porte. Mais il est certain aussi que bien des personnes qui savent figurer les lettres alphabétiques dont se compose leur nom,

(1) Journal du palais; tome 40, page 514.

(2) *V.* l'article *Testament*, sect 2, §. 1, art. 6, n° 10.

et par conséquent *signer*, ne savent pas figurer d'autres lettres, ni par conséquent *écrire* dans le sens vulgaire de ce mot. Aussi dit-on communément, *un tel sait faire son nom, mais il ne sait pas écrire*; et de là l'arrêt de la cour de cassation, du 14 août 1807, qui, dans une affaire de douanes, a annulé, comme on l'a vu à l'article *Inscription de faux*, §. 5, no 2, l'arrêt d'une cour de justice criminelle par lequel avait été jugée régulière une inscription de faux non-signée de celui qui l'avait formée, et contenant, de sa part, la simple déclaration de *ne savoir pas écrire*, tandis qu'il savait signer, et qu'il l'avait lui-même prouvé en signant ensuite un autre acte de la procédure.

Ne concluons cependant point de là, sans autre examen, qu'un testament doit être annulé par la seule raison que la déclaration requise pour remplacer la signature du testateur, porte littéralement, non pas que le testateur *ne sait* ou *ne peut pas signer*, mais qu'il *ne sait* ou *ne peut pas écrire*.

Et d'abord, ne confondons donc pas la déclaration de *ne savoir* pas écrire avec la déclaration de ne *pouvoir* pas le faire.

Le testateur qui déclare *ne pouvoir pas écrire*, déclare, par cela seul, qu'encore qu'il sache bien, ou *écrire* dans le sens large de ce mot, ou figurer les lettres alphabétiques de son nom, il en est empêché momentanément; et il est clair, dès-lors, que, si, ce que nous examinerons tout-à-l'heure, le testateur qui déclare *ne savoir pas écrire*, n'exprime pas nettement qu'il ne sait pas signer, on ne peut du moins pas en dire autant du testateur qui déclare *ne pouvoir pas écrire*; car il faut qu'à cette déclaration soit jointe l'énonciation de la cause qui empêche momentanément le testateur d'écrire; et cette cause ne peut pas l'empêcher d'*écrire*, en prenant ce mot dans le sens le plus large, sans l'empêcher en même temps de *signer*, puisque, si elle ne l'empêchait pas de figurer les lettres de l'alphabet qui composent son nom, elle ne l'empêcherait pas non plus d'en figurer d'autres.

Aussi y a-t-il deux arrêts de la cour supérieure de justice de Bruxelles, qui jugent positivement que la déclaration *de ne pouvoir écrire*, accompagnée de l'expression de la cause qui empêche le testateur d'écrire pour le moment, équivaut à la déclaration *de ne pouvoir pas signer*.

Le 15 mars 1815, Jean-François Vanden Hertewegen fait, par acte public, un testament qui se termine ainsi : « et étant demande au testateur et témoins s'ils savent » *écrire*, le testateur a déclaré *ne savoir plus* » *écrire à cause de sa maladie et de l'apoplexie dont il a été attaqué*, et les témoins » ont déclaré savoir écrire, excepté le quatrième, Joseph Paduart, qui a déclaré ne » savoir écrire ni signer; et Pierre-Joseph » Vanderroost, Pierre-Joseph Deherder, et » Jean-Baptiste Stévens, mesdits trois premiers témoins, ont signé avec moi notaire, » à Tollembeck, ce 13 mars 1823 ».

Ce testament est attaqué par plusieurs moyens, et notamment par l'insuffisance dont les héritiers *ab intestat* arguent la déclaration faite par le testateur, de *ne pas savoir écrire*.

Mais par arrêt du 6 octobre 1815, il est jugé valable, « attendu que, quand il serait » vrai de dire que l'on peut savoir signer sans » que l'on sache écrire, de manière que tel » qui déclare ne savoir écrire, n'exprime » point par là qu'il ne sait pas signer, néanmoins, dans l'espèce, le testateur, en déclarant qu'il ne sait plus écrire à cause de » sa maladie et de l'apoplexie dont il est attaqué, exprime suffisamment qu'il ne sait » pas signer; comme la loi ne prescrit pas » les termes dont on est obligé de se servir » pour déclarer, qu'on ne sait pas signer, il » s'ensuit qu'au cas présent, il est satisfait au » prescrit de l'art. 973 du Code civil (1) ».

Le 25 avril 1817 Antoine Rousseau fait, devant un notaire et quatre témoins, un testament à la fin duquel il est dit que les témoins et le notaire l'ont signé, *sauf le testateur qui a déclaré ne savoir écrire à cause d'une faiblesse à la main*.

Demande en nullité de ce testament, toujours fondée sur la différence qu'il y a entre ne pouvoir pas écrire et ne pouvoir pas signer.

Et le 3 décembre 1818, arrêt qui déclare le testament valable, « attendu qu'au premier » coup-d'œil qu'on jette sur le testament dont » il s'agit, l'on est convaincu que les mots » *ne savoir écrire*, consignés dans ce testament, renferment la même idée que l'expression *ne savoir signer*; d'autant que c'est » après la double opération de la lecture et » de la signature des témoins et du notaire, » que le testament ajoute, *sauf le testateur qui a déclaré ne savoir écrire, à cause d'une faiblesse à la main*; laquelle période enveloppe manifestement la proposition suivante : *sauf que le testateur n'a pas signé*; et qu'en conséquence, il est évident que le » mot *écrire*, qui se trouve dans la même période et à la fin de l'acte déjà écrit, lorsqu'il

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1815, tome 2, page 159.

» ne s'agissait plus que de l'apposition de la » signature du testateur pour que l'acte fût » consommé, présente l'idée de *signer ou d'é-* » *crire son nom*, d'autant plus qu'en décla- » rant qu'il ne sait plus écrire, à cause d'une » faiblesse à la main, le testateur dit impli- » citement qu'il ne sait signer, puisque le mal » physique dans lequel consiste la cause im- » pédiente, est de nature à empêcher de tra- » cer même les lettres de son nom (1) ».

Passons maintenant à la déclaration de *ne savoir pas écrire*, et voyons si elle peut remplacer la déclaration de *ne savoir pas signer*.

Elle la remplace certainement toutes les fois qu'elle est, dans le testament même, précédée ou suivie d'énonciations qui signalent clairement le testateur comme ne sachant pas signer; et voici deux arrêts, dont un de la cour de cassation, qui le jugent ainsi.

Le testament de Magdelaine Jacger était, comme celui de Jeanne Catherine Bragard, dont il est parlé ci-dessus, n° 2, terminé par la mention que, *sur la réquisition du notaire*, la testatrice avait *déclaré ne savoir écrire*; et ces mots étaient de même immédiatement suivis d'une marque énoncée comme faite par la testatrice, mais sans ajouter, comme dans l'espèce rapportée au n° 2, que la testatrice l'avait faite, *pour ne savoir écrire*.

Les héritiers *ab intestat* l'ont également attaqué sur le fondement qu'il ne contenait pas la mention expresse que la testatrice avait déclaré *ne savoir pas signer*; et les premiers juges l'ont déclaré nul par ce motif.

Mais sur l'appel, la cour de Colmar l'a confirmé par arrêt du 22 décembre 1812, « at- » tendu que la déclaration de la testatrice suit » immédiatement la mention faite au testa- » ment que les quatre témoins et le notaire » l'ont signé, et suppose nécessairement que » le notaire, arrivé à la 6m de la rédaction de » son acte, l'a interpelée de déclarer si elle » savait signer, et que c'est à l'occasion de » cette circonstance qu'elle a déclaré ne sa- » voir écrire; ce qui, sainement entendu et » dans le style ordinaire des notaires, vou- » lait dire qu'elle ne savait pas écrire son nom, » puisque, aussitôt après, elle avait mis sa » marque ».

Les héritiers *ab intestat* se sont pourvus en cassation contre cet arrêt, et l'ont dénoncé comme violant l'art. 673 du Code civil.

« C'est une *mention expresse* (ont-ils dit) que la loi exige; et dès-lors, ce n'est point par des conséquences plus ou moins naturelles, par des argumens plus ou moins spécieux, que peut être remplie la formalité dont il s'agit.

» L'apposition de la marque au bas du testament, est une chose absolument indifférente par elle-même. De même qu'elle ne pourrait tenir lieu de signature, de même elle ne peut suppléer à la déclaration du testateur qu'il ne sait pas signer: or, si cette circonstance est insignifiante par elle-même, pourquoi produirait-elle plus d'effet lorsqu'elle est jointe à une autre circonstance également indifférente; celle que la testatrice ne savait pas écrire?

» Pour que l'existence de la marque pût servir de fondement à quelque argument solide, il faudrait que le notaire en eût fait mention dans le testament, et qu'il eût exprimé la cause pour laquelle elle a été apposée. Si, par exemple, il avait dit que la testatrice a fait une marque, parcequ'elle ne savait *ni écrire ni signer*, on pourrait peut être soutenir, comme l'a jugé la cour d'appel de Colmar, dans une autre circonstance, que cette mention peut remplacer celle d'une déclaration *expresse* de ne pas savoir signer.

» Mais si la marque existe seule, et sans que la cause de son apposition soit particulièrement expliquée, elle ne corrobore nullement la déclaration de ne savoir écrire. C'est une circonstance absolument étrangère à cette déclaration; elle n'est point le fait du notaire, et elle n'empêche nullement qu'il n'ait insuffisamment exprimé que le testateur ne savait pas signer (1) ».

Mais, par arrêt du 11 juillet 1816,

« Attendu que l'arrêt attaqué ne s'est pas borné à reconnaître que les formalités prescrites par l'art. 973 du Code civil, avaient été observées par équipollence, et qu'il énonce expressément que les deux conditions exigées par cet article, se trouvent complètement remplies;

» Attendu qu'elles sont effectivement remplies, tant par la déclaration de la testatrice de ne savoir écrire, que par l'apposition de sa marque qui suit immédiatement la mention de cette déclaration, et qui indique qu'elle n'avait d'autre moyen de signer;

» La cour (section des requêtes) rejette le pourvoi (2) ».

Il paraît également incontestable que la déclaration de *ne savoir pas signer*, est valablement remplacée par la déclaration de *ne savoir pas écrire*, lorsque celle-ci est précédée, de la part du notaire, d'une interpellation de *signer*.

(1) *Ibid.* année 1818; tome 2, page 265.

(1) *V.* ci-après, n° 8.

(2) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1818, page 557.

Pierre Lambsen avait fait, en 1805, un testament par acte public dans lequel il était dit que « lecture faite au testateur en présence des » témoins qui ont *signé*, le testateur interpelé de faire de même, a déclaré ne savoir » écrire ».

Après sa mort, ce testament est attaqué sur le fondement que la déclaration de ne savoir pas écrire, ne remplit pas le vœu de l'art. 973 du Code civil; et à l'appui de ce moyen, les héritiers *ab intestat*, pour prouver que le défunt, quoique ne sachant pas écrire, savait du moins signer son nom, produisent un acte privé au bas duquel se trouve une signature qu'ils prétendent être la sienne.

Les légataires répondent que, si, en thèse générale, la déclaration de *ne savoir écrire*, n'équivaut pas à celle de *ne savoir signer*, il n'en est du moins pas ainsi dans l'espèce; qu'il est constaté par le testament, que le testateur a été interpelé de *signer*, et que c'est sur cette interpellation qu'il a déclaré *ne savoir écrire*; que sa réponse est nécessairement corrélative à la demande qui la précède; que, dès-lors, il est impossible qu'en déclarant qu'il ne savait pas écrire, il n'ait pas entendu déclarer qu'il ne savait pas signer; que la signature apposée à l'acte privé dont se prévalent les héritiers *ab intestat*, n'est pas celle du testateur; que du moins il n'en existe aucune preuve, et qu'elle mérite d'autant moins de confiance, qu'elle est combattue par quatre actes authentiques produits au procès, dans lesquels Pierre Lambsen avait figuré comme partie, sans les signer, faute de savoir faire même son nom.

Par arrêt du 15 mars 1810, confirmatif d'un jugement du tribunal de première instance de Gand, la cour d'appel de Bruxelles ordonne l'exécution du testament,

« Attendu que c'est sur l'interpellation faite par le notaire de signer, que le testateur a déclaré ne savoir écrire;

» Attendu que, dans ce cas, la déclaration étant relative à l'interpellation, contient la réponse de ne savoir signer; d'où suit qu'il a été satisfait à l'art. 973 du Code civil, d'autant plus qu'il résulte de plusieurs actes authentiques produits au procès, que le testateur ne savait pas signer (1) ».

En est-il de même lorsque c'est sur l'interpellation faite au testateur par le notaire, non pas *s'il sait signer*, mais *s'il sait écrire*, que le testateur déclare tout simplement ne savoir pas *écrire*.

Ce cas s'est présenté successivement à la cour d'appel de Douai et à la cour supérieure de justice de Bruxelles, qui l'ont jugé en sens contraire l'une à l'autre.

Dans l'espèce rapportée ci-après, n° 11, l'un des moyens de nullité qu'employaient les héritiers légitimes du sieur Wallez, contre son testament, consistait à dire qu'il y était simplement énoncé que le *testateur avait déclaré ne savoir écrire, de ce sommé.*

Par jugement du 16 août 1808, le tribunal de première instance de Boulogne-sur-mer avait rejeté ce moyen; mais sur l'appel, la cour de Douai a, par arrêt du 9 novembre 1809, déclaré le testament nul,

« Attendu que le notaire qui écrit un testament, en énonçant l'accomplissement des formalités prescrites par la loi, doit employer, dans cette énonciation, les termes indiqués par le législateur, ou au moins des termes équivalens, exactement synonymes, exprimant les mêmes idées, sans équivoque et sans incertitude;

» Que tel individu sachant figurer les lettres de son nom, et ne sachant pas figurer les autres lettres de l'alphabet, sait *signer*, mais ne sait pas *écrire;* que la déclaration affirmative de savoir écrire, contient nécessairement celle de savoir signer, mais qu'il n'en est pas de même de la déclaration contraire;

» Que le testateur qui dit ne savoir pas écrire, c'est-à-dire, figurer et lier toutes les lettres de l'alphabet, n'apprend pas s'il sait ou ne sait pas figurer au moins les lettres qui composent son nom; que ce second fait n'étant pas suffisamment constaté par la déclaration du testateur sur le premier, ne pourrait être vérifié que par une preuve testimoniale ou littérale, preuve dont le législateur a voulu prévenir et a prévenu la nécessité, en exigeant que le testateur déclare, non s'il sait *écrire*, mais s'il sait *signer* (1) ».

Le 7 novembre 1818, Pierre Joseph Crochelet fait, par acte public, un testament qui est ainsi terminé : « interrogé le testateur et témoins s'ils savent *écrire*, le testateur a répondu ne savoir *écrire*, et les témoins ont » signé avec moi ».

Après la mort du testateur, ce testament est attaqué par ses héritiers légitimes, et déclaré nul par les premiers juges, « Attendu qu'il ne » contient pas la mention que le testateur ne » savait signer; que la mention de ne savoir » écrire ne peut suppléer à celle de ne savoir » signer; car on peut savoir figurer des lettres

(1) Décisions notables de la cour d'appel de Bruxelles, tome 19, page 254.

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, an 1810, Supplément, page 11.

» de son nom, et par conséquent savoir signer, » sans savoir faire un corps d'écriture, c'est-» à-dire, sans savoir écrire; qu'aux termes de » l'art. 973 du Code civil, il doit être fait men-» tion expresse de la déclaration du testateur » de ne savoir ou de ne pouvoir signer, et que, » d'après l'art. 1001, cette formalité doit être » observée à peine de nullité ».

Mais par arrêt du 9 décembre 1815, la cour supérieure de justice de Bruxelles a réformé ce jugement et déclaré le testament valable, « attendu que le mot *écrire*, dans sa véritable » acception, renferme l'idée de signer, l'action » de signer, n'étant (restreinte à sa significa-» tion particulière) autre que celle d'écrire son » nom au bas d'un acte; ce qui est d'autant » plus vrai dans le cas dont il s'agit, que, lors-» qu'un testament est dicté, rédigé et lu, il ne » reste plus d'autre formalité à remplir que de » le clôturer et signer; de sorte que la ques-» tion que fait le notaire au testateur, *s'il sait* » *écrire*, se rapporte nécessairement à l'action » qui va se faire, c'est-à-dire, à la signature, » et équivaut, dans l'idée de celui qui inter-» roge, à cette question : *savez-vous signer?* » de même que la réponse que fait le testateur, » *qu'il ne sait pas écrire*, est l'équivalent de » celle *qu'il ne sait signer*, parcequ'il ne sait » pas figurer les caractères qui composent son » nom (1)».

Lequel des deux arrêts doit faire jurisprudence? Je n'hésite pas à dire que c'est le second.

Comme l'observe fort bien M. Toullier, tome 5, n° 438, en parlant du premier, il est évident que « la déclaration de ne savoir *écrire*, » était, dans l'esprit du testateur et du notaire, » synonyme de ne savoir *signer*, et ne pouvait » signifier autre chose, puisqu'elle était sa ré-» ponse à la sommation du notaire, qui ne » pouvait avoir fait au testateur d'autre inter-» pellation que celle de *signer* et non celle *d'é-» crire* le testament; puisque le testament par » acte notarié, ne peut être écrit par le testa-» teur ».

J'ajoute que cette manière d'entendre le mot *écrire* en pareil cas, est tellement dans la nature des choses, que (comme on l'a vu au n° précédent), par l'art. 12 de l'édit perpétuel de 1611, les anciens législateurs de la Belgique enjoignaient aux notaires *d'interpeler* les testateurs, non pas s'ils savaient *signer*, mais s'ils savaient *écrire*.

Reste le cas où le testament ne porte même pas, comme dans les deux espèces sur lesquelles ont prononcé si diversement les deux arrêts cités des cours de Douai et de Bruxelles, que c'est sur l'interpellation faite au testateur par le notaire, s'il savait *écrire*, que le testateur a déclaré ne savoir le faire; et je crois que, même dans cette hypothèse, la déclaration du testateur de *ne savoir écrire*, devrait être jugée équipollente à la déclaration de *ne savoir signer*.

Ce n'est pas que je sois partisan des équipollences tant soit peu équivoques dans la mention des formalités testamentaires; et je prouve assez le contraire au mot *Testament*, sect. 2, §. 1, art. 6, n° 10; mais ici, je ne trouve pas même l'ombre d'un prétexte pour douter que la déclaration de *ne savoir signer*, ne soit virtuellement renfermée dans la déclaration de *ne savoir écrire*. De quoi est-il question, pour le testateur, dans le moment où il fait celle-ci? Est-ce, ou de tracer sur le papier un discours, une disposition, une phrase, une partie de phrase, ou de déclarer qu'il ne sait pas le faire? Point du tout; c'est de *signer*, uniquement de *signer*, ou de déclarer qu'il ne sait pas *signer*. Or, remplirait-il son objet, s'il déclarait qu'il ne sait pas tracer sur le papier une série plus ou moins longue de mots? Non, évidemment non : il ne peut le remplir qu'en déclarant qu'il ne sait pas figurer les lettres alphabétiques dont se compose son nom; on ne peut donc pas, sans tomber dans l'absurde, donner à sa déclaration un sens qui lui ferait signifier autre chose que *je ne sais pas signer*.

Dira-t-on qu'il est possible que le testateur qui, au lieu de déclarer qu'il ne sait pas *signer*, déclare qu'il ne sait pas *écrire*, ne sache réellement pas *écrire* dans l'acception large de cette expression, mais qu'il sache *signer*, et que c'est pour ne pas s'avilir par un mensonge qu'il remplace la seconde formule par la première?

Mais assurément s'il n'y avait pas, dans cette supposition, un mensonge formel de sa part, il y aurait du moins ce que les ingénieuses *Lettres provinciales* ont fait appeler une *escobarderie*, c'est-à-dire, un mensonge virtuel; et l'on ne peut pas raisonnablement présumer que le testateur qui est assez délicat pour ne pas se permettre de mentir d'une manière, ne le soit pas assez pour ne pas se permettre de mentir d'une autre.

Au surplus, il en serait de ce mensonge virtuel, s'il était prouvé, comme du mensonge formel que ferait le testateur en déclarant qu'il ne sait pas signer, quoiqu'il sût très-bien figurer son nom et même former un corps étendu d'écriture : celui-là emporterait, comme on

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1815, tome 2, page 163.

le verra ci-après, n° 5, la nullité du testament ; celui-ci l'emporterait donc également. Mais rien à conclure de là contre la parfaite équipollence, dans un testament, de la déclaration de *ne savoir écrire* à la déclaration de *ne savoir signer*.

Objectera-t-on l'arrêt de la cour de cassation, du 14 août 1807, par lequel a été jugée nulle, en matière de douanes, une inscription de faux non signée par le prévenu qui avait simplement déclaré ne savoir *écrire*, quoiqu'il sût *signer* ?

L'objection serait fondée, si la loi d'après laquelle cet arrêt a été rendu, c'est-à-dire, la loi du 9 floréal an 7, relative aux douanes, était conçue dans le même esprit que l'art. 973 du Code civil; mais il y a, entre l'une et l'autre, une énorme différence.

La loi du 9 floréal an 7 porte, tit. 4, art. 12, que « celui qui voudra s'inscrire en faux con» tre un rapport, sera tenu d'en faire la décla» ration par écrit, en personne, ou par un fon» dé de pouvoir spécial passé pardevant notai» re, au plus tard à l'audience indiquée par la » sommation de comparaître devant le tribu» nal qui doit connaître de la contravention....; » (et que) cette déclaration sera reçue et signée » par le juge et le greffier, dans le cas où le » déclarant *ne saurait écrire ni signer* ».

Il résulte clairement de là 1° que le prévenu de contravention aux droits de douanes, qui déclare s'inscrire en faux contre le procès-verbal des douaniers, peut, lorsqu'il sait écrire, tracer lui-même sa déclaration sur le papier ; 2° qu'il n'y est cependant pas tenu rigoureusement dans ce cas, qu'il peut même alors la faire écrire par qui il lui plaît, et qu'il lui suffit de la signer; 3° qu'il ne peut se dispenser, soit de l'écrire lui-même, soit de la faire écrire par un autre, et recourir, pour la rédiger et mettre par écrit, au ministère du juge et du greffier, que lorsqu'il ne sait *ni écrire ni signer*.

Ainsi, deux conditions sont essentiellement requises pour qu'il puisse faire recevoir par le juge et le greffier, sa déclaration de s'inscrire en faux : la première, qu'il ne sache pas la tracer lui-même intégralement sur le papier ; la seconde, qu'il ne sache pas revêtir de sa signature l'écrit qu'il pourrait en faire dresser par un tiers.

Et d'après cela, il est bien évident que, lorsque se présentant au juge et au greffier pour s'inscrire en faux, il leur déclare qu'il ne sait pas écrire, il remplit bien la première de ces conditions, mais non pas la seconde ; et qu'en disant qu'il ne *sait pas écrire*, il ne peut pas être censé dire qu'il *ne sait pas signer*.

Mais c'est toute autre chose dans un testament par acte public, ou dans l'acte de souscription d'un testament mystique. Le testateur ne peut ni l'écrire lui-même, ni le faire écrire par un autre que le notaire dont il a fait choix ; il ne peut qu'y apposer sa signature, ou y suppléer par une déclaration de laquelle il résulte qu'il ne sait pas signer. Qu'est-il donc censé dire, lorsqu'arrivant le moment de signer, il déclare *ne savoir pas écrire* ? Qu'il ne saurait pas tracer de sa main le corps entier de son testament? Il serait absurde de lui supposer une pareille intention. Il ne s'agit point, de sa part, d'écrire les dispositions qu'il vient de dicter ; il ne s'agit que de les signer, ou de déclarer qu'il ne sait ou ne peut pas le faire. La déclaration de ne savoir pas écrire, équivaut donc nécessairement à la déclaration de de ne savoir pas signer.]]

IV. Lorsque le testateur, sachant signer, déclare qu'il *ne le peut*, faut-il que l'expression de la cause du défaut de Signature soit directe et formelle?

Lemaître, sur la coutume de Paris, tit. 14, chap. 1, dit que cela n'est point nécessaire, et qu'il suffit qu'elle puisse *s'induire de ce que le notaire a déclaré d'ailleurs*.

Et il y a dans le *Traité des donations* de Ricard, part. 1, n° 1530, un arrêt du 8 mars 1652, qui le juge ainsi, dans une espèce particulière. Il s'agissait d'un testament qui contenait deux dispositions : l'une, pour servir de dot à une fille ; l'autre, pour récompenser un avocat de services considérables qu'il avait rendus au testateur durant plusieurs années ; tous deux par conséquent très favorables. La clôture de l'acte était conçue en ces termes : « Fait et passé en la chambre où ledit sieur de » Spoix est malade, à lui lu et relu ; lequel n'a » pu signer, interpellé de ce faire » On soutenait que le défaut d'expression formelle de la cause qui avait empêché le testateur de signer, devait emporter la nullité de ses dispositions. L'arrêt les jugea valables d'après les conclusions de M. l'avocat-général Talon, qui remontra « que l'équipollence s'y rencontrait, » en ce que le notaire avait fait mention de la » maladie du testateur, en même temps qu'il » avait déclaré qu'il n'avait pu signer; d'où » l'induction était aisée à tirer, que la cause » pour laquelle il n'avait pu signer, procédait » de sa maladie ».

Ricard remarque avec raison « que cette » réponse est un peu subtile, et qu'il y a » grande apparence que la faveur des disposi» tions dont il s'agissait, ne contribua pas peu

» à faire rendre l'arrêt tel qu'il fut prononcé ». En effet, la maladie n'empêche pas toujours de signer; cela dépend de sa nature et du degré où elle est parvenue. Ainsi, déclarer qu'un testateur est malade et qu'il n'a pu signer, ce n'est pas dire qu'il n'a pu signer à cause de sa maladie.

Ce n'est pas que la maxime établie par Lemaître, ne soit vraie en elle-même; mais elle doit être restreinte au cas où l'induction se fait en quelque sorte par nécessité, et où conséquemment il n'est pas possible de donner aux paroles du testateur d'autre effet que d'exprimer en termes implicites la cause pour laquelle il n'a point signé.

V. Lorsqu'un testament est clos et parfait, avec mention que le testateur n'a pu le signer à cause de son indisposition, devient-il nul par le retour du testateur à un état de santé ou de convalescence qui le met à même de pouvoir signer?

Auzanet, sur l'art. 289 de la coutume de Paris, rapporte un arrêt du 3 décembre 1643, qui a jugé pour la négative; et il ne peut y avoir là-dessus le moindre doute.

[[Mais il en serait tout autrement, si le testateur avait déclaré qu'il ne savait pas signer, et qu'il fût prouvé qu'il signait habituellement, tant avant que depuis la confection de son testament. Dans ce cas, le mensonge qu'il aurait fait en déclarant ne savoir pas signer équivaudrait à un refus de signer, et le testament serait nul. C'est ce que j'ai établi dans des conclusions du 30 messidor an 11, rapportées dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Signature*, §. 3; et ce qu'ont jugé un grand nombre d'arrêts que j'y ai cités.]]

VI. Une femme fait son testament dans la coutume de la Rochelle, en présence de cinq témoins qui signent tous. On lui présente la plume pour signer à son tour; mais elle déclare ne pouvoir signer à cause de son indisposition, *et qu'elle signera bientôt*. Elle meurt sans avoir signé. Question de savoir si le testament est valable: on le soutient tel par la maxime *superflua non nocent*; et le parlement de Paris le juge ainsi par arrêt du 7 mai 1608 (1).

VII. Faut-il que la déclaration du testateur de ne savoir ou ne pouvoir pas signer et l'expression de la cause, qui, lorsqu'il sait signer, l'en empêche momentanément, soient précédées ou suivies, de la part du notaire, d'une interpellation de signer effectivement?

L'art. 84 de l'ordonnance d'Orléans et l'art. 165 de celle de Blois ne laissent aucun doute sur l'affirmative. « Et en cas (portent ces lois) » que les parties ou témoins ne sachent signer, » les notaires feront mention de la réquisi- » tion par eux faite aux parties et témoins de » signer, et de leur réponse qu'ils ne savent » signer ». L'art. 12 de l'édit perpétuel de 1611 nous présente la même disposition pour la Belgique: « Tels testamens seront signés des » testateurs et deux témoins à ce appelés, s'ils » savent écrire, dont ils seront interpelés, » par les notaires, curés ou vice-curés ».

On ne peut rien, comme on le voit, de plus clair ni de plus positif que ces textes. Aussi existe-t-il plusieurs arrêts qui ont cassé des dispositions non signées, dans lesquelles il ne se trouvait pas d'interpellation.

Ricard, à l'endroit cité, nº 1525, en rapporte un du parlement de Paris, du 2 mai 1601, qui déclare nul un testament dans lequel le testateur « n'ayant pas signé, le no- » taire s'était contenté d'en faire mention, » avec la cause pourquoi, sans ajouter qu'il » l'avait interpelé de signer, suivant l'ordon- » nance.., quoique les légataires demandas- » sent à être reçus à faire preuve que le testa- » teur s'était efforcé plusieurs fois de signer, » et qu'il n'avait pu, et qu'il ne fût question » que d'une somme de 120 livres ».

Maillard, sur l'art. 74 de la coutume d'Artois, nº 200, dit que, « par arrêt rendu à » la quatrième, au rapport de M. Pecot, le » 29 avril 1702, un testament passé à Arras, » le 16 février 1699, a été déclaré nul, même » à l'égard des legs pieux, faute d'interpella- » tion, quoique la cause du défaut de Signa- » ture eût été exprimée ainsi: *Ayant ladite* » *testatrice fait sa marque pour ne savoir* » *écrire, à cause de la grande débilité de sa* » *vue et de sa main* ».

Raviot, sur Perrier, quest. 164, nous fournit trois arrêts semblables du parlement de Dijon, des 27 mars 1700, 16 août 1702 et 1er août 1704. Dans l'espèce du premier, le notaire s'était exprimé en ces termes: « En pré- » sence desquels témoins, je ledit notaire » ayant presenté la plume audit sieur Lucot » pour signer, s'étant mis en devoir de le faire » il ne l'a pu par sa faiblesse ». Dans l'espèce, du second, il était dit « que le testateur s'étant » essayé de signer, il ne l'avait pu faire, à » cause de sa faiblesse, quoiqu'on lui eût mis » la plume à la main. Dans le cas du troisième » arrêt, le notaire avait déclaré que le tes- » tament dont il s'agissait, avait été fait en

(1) *Brodeau*, lettre T., §. 9, nº 9.

» présence de tels et tels, témoins requis et » soussignés, et non le testateur à cause de » l'infirmité de sa main droite ».

Il y a un arrêt du parlement de Flandre du 20 janvier 1770, qui juge la même chose. Il était dit à la fin d'un testament : *la testatrice n'ayant pu signer pour son indisposition ;* et l'on ne voyait dans l'acte aucune trace d'énonciation qu'elle l'eût ainsi déclaré elle-même, ni que le notaire lui en eût fait la réquisition. Par cet arrêt, rendu au rapport de M. Remy des Jardins, la disposition fut déclarée nulle.

[[On peut voir dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Signature*, §. 2, cinq autres arrêts semblables, savoir, trois du parlement de Bordeaux, des 15 mai 1741, 8 mars 1768 et 29 février 1780 ; et deux du parlement de Grenoble, des 29 mai 1762, et 2 août 1777.]]

Il y a cependant, suivant quelques auteurs, un cas où l'interpellation, sans être regardée comme inutile, n'a pas besoin d'être exprimée et se sous entend d'elle-même. C'est, dit Raviot à l'endroit cité, lorsque le notaire, « non-seulement exprime la cause pour laquelle le testateur n'a point signé, mais ajoute que celui-ci l'a déclarée lui-même, parce qu'en ce cas, la réponse et la déclaration du » testateur supposent la réquisition et l'interpellation du notaire ». C'est aussi ce qu'ont jugé trois arrêts des 17 mai 1608, 17 décembre 1654 et 16 juin 1656. Les deux premiers ont été rendus au parlement de Paris, et sont rapportés, l'un par Tronçon sur l'art. 289 de la coutume de Paris, l'autre par Ricard, n° 1526. Le quatrième est émané du parlement de Dijon, et se trouve dans le recueil de Perrier, quest. 164.

Le Maître fait très-bien sentir la différence du cas jugé par ces arrêts, d'avec celui qui est décidé par les précédens : « C'est (dit-il) » que, quand le notaire ou le curé parle de » lui-même, en déclarant la cause sans l'avoir » demandée, il peut se tromper, vu qu'alors » il n'en juge que par les apparences ; mais il » n'en est pas ainsi quand c'est le testateur » qui la déclare lui-même. Le notaire peut, » avec certitude, rendre témoignage de la déclaration que le testateur a faite de vive voix; » et son interpellation ne pouvant être nécessaire que pour tirer cette déclaration, elle » devient inutile, ou du moins on la doit » supposer, après que le testateur s'est expliqué ».

De tout ce qu'on vient de dire, il résulte, suivant Raviot, « que l'interpellation suppose la réponse, comme quand le notaire, » exprimant la cause de la non signature, dit, » *ne sait signer, enquis*, et que la réponse » suppose la réquisition ou interpellation du » notaire, comme lorsqu'il dit que le testateur » a déclaré ne savoir ou ne pouvoir signer ; » mais que, quand il n'y a pas d'interpellation » ni réponse, et que le notaire dit tout de son » chef, l'acte est nul ».

[[Le parlement d'Aix allait plus loin. « Il y » a (dit Montvallon, *Traité des successions*, » tome 1, page 307) un certificat des syndics » des avocats, et un autre des syndics des notaires, du 15 décembre 1755, qui attestent » que, suivant la jurisprudence constante de » ce parlement, il suffit, pour la validité des » testamens et autres actes qui ne sont pas signés par les parties, que les notaires emploient » la clause, *signé qui a su*, dans les cas où les » parties ne savent pas signer. Il y a aussi un » acte de notoriété du parlement du 16 décembre 1755, qui y est conforme. Ces attestations ou actes de notoriété ont été donnés en faveur du président d'Eguilles, pour » servir dans un procès sur un testament fait » postérieurement à l'ordonnance de 1735, » dont on demandait la cassation, et qui fut » confirmée par arrêt du parlement de Paris, » du 16 décembre 1757 ».

Le parlement de Toulouse jugea quelque temps de même, comme le prouvent trois arrêts de cette cour, le premier du 24 juillet 1760, le second de 1761, le troisième d'une date inconnue, mais postérieure au second, et tous trois rapportés par Salviat, dans sa *Jurisprudence du parlement de Bordeaux*, question 29.

Mais il reconnut bientôt le vice de cette jurisprudence ; et il rendit, à l'approche de la convocation des états généraux, quelques arrêts qui, rigoureusement calqués sur l'art. 165 de l'ordonnance de Blois et l'art. 5 de celle de 1735, cassèrent des testamens faits dans la forme qu'il avait lui même précédemment jugée valable.

Ces arrêts excitèrent des réclamations; et de là vint, comme je l'expose dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Signature*, §. 2. la loi du 8-10 septembre 1791, qui, en validant, pour le passé, dans les ci-devant provinces de Vivarais, Forez, Lyonnais et Beaujolais, les testamens faits dans la forme condamnée par la nouvelle et saine jurisprudence, voulut que désormais on regardât comme nul (sans avoir égard à la doctrine de Ricard, de Lemaître et de Raviot, ni aux trois arrêts des parlemens de Paris et de Dijon, qui l'avaient adoptée), tout testament qui contiendrait la déclaration expresse du testa-

teur de ne savoir ou ne pouvoir signer, mais sans interpellation préalable du notaire.

« L'assemblée nationale (porte cette loi), après avoir entendu le rapport de ses comités de constitution et des rapports sur les observations et réclamations des électeurs assemblés en 1789 à Villeneuve-de-Berg, et sur celles du directoire du département de Rhône et Loire, et de la municipalité de Lyon ;

» Décrète que les testamens et autres actes de dernière volonté reçus, jusqu'à la publication du présent décret, par les notaires des ci-devant provinces de Vivarais, Lyonnais, Forez et Beaujolais, dans lesquels les notaires se seraient bornés à énoncer l'impossibilité ou l'ignorance des testateurs ou des témoins, de signer, sans faire mention formelle que lesdits testateurs ou témoins ont déclaré ne le savoir ou pouvoir faire, ou ne savoir et pouvoir écrire, ne pourront être, sous ce prétexte, attaqués de nullité en justice : valide, à cet effet, lesdits testamens et autres actes de dernière volonté, en ce qui concerne ladite omission; défend aux tribunaux d'avoir égard aux demandes déjà formées, ou qui pourraient l'être par la suite, à fin d'en faire prononcer la nullité, sans préjudice néanmoins de l'exécution des jugemens rendus en dernier ressort, ou passés en force de chose jugée avant la publication du présent décret, et sans prejudice également aux parties de leur action pour raison des frais faits dans les demandes formées et non jugées avant ladite publication ;

» Décrète, en outre, qu'à l'avenir, dans les testamens et autres actes de dernière volonté que les notaires recevront, lorsque les testateurs ne sauront ou ne pourront signer, lesdits notaires seront tenus de faire mention formelle de la réquisition par eux faite aux testateurs ou témoins de signer, et de leur déclaration ou réponse de ne pouvoir ou savoir signer, le tout à peine de nullité des testamens et autres actes de dernière volonté, dans lesquels ladite mention aurait été omise ».

Conformément à cette loi, un arrêt de la cour de cassation du 2 vendémiaire an 10, rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, à l'endroit cité, a cassé un jugement en dernier ressort qui avait ordonné l'exécution d'un testament non signé du testateur, et contenant sa simple déclaration *de ne savoir signer*, sans mention de l'interpellation qui eût dû lui être faite à ce sujet par le notaire.

Mais le Code civil s'est relâché de cette rigueur, et revenant à l'opinion de Ricard, de Lemaitre et de Raviot, il s'est contenté (art. 973) d'ordonner que, si le testateur « déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il » sera fait, dans l'acte, mention expresse de » sa déclaration, ainsi que de la cause qui » l'empêche de signer ».]]

Mais remarquez bien que, suivant cet article, il faut aujourd'hui, comme il le fallait dans l'ancienne jurisprudence, qu'il soit constaté par le testament même, que c'est le testateur qui a déclaré personnellement son incapacité ou impossibilité de signer, et que la seule énonciation de la cause qui l'a empêché de signer, ne suffirait pas, parcequ'elle laisserait ignorer si c'est le testateur qui l'a lui-même déclarée, ou si c'est le notaire qui s'en est constitué le juge. Voici d'ailleurs un arrêt qui le juge ainsi formellement.

Le 28 septembre 1821, Jacques Canon fait, par acte public, un testament dont la clôture est ainsi conçue : « Et le testateur ayant es» sayé de signer, *n'a pu le faire* à cause du » tremblement de ses mains; de cette addi» tion il en a été donné lecture audit testateur, » en présence des quatre témoins par le no» taire soussigné, et les témoins ont, comme » on l'a dit, signé avec nous de tout l'acte » ci-dessus lecture faite...».

Après la mort du testateur, demande en nullité de ce testament, fondée sur ce qu'il n'y est pas exprimé que c'est le testateur lui-même qui a déclaré ne pouvoir signer.

Jugement qui rejette cette demande, par le motif que cette déclaration est implicitement renfermée dans la clause ci-dessus transcrite de la cloture du testament.

Mais, sur l'appel, arrêt de la cour royale de Caën, du 11 décembre 1822, qui déclare le testament nul,

« Attendu que, si la loi permet de faire des dispositions testamentaires, elle a en même temps déterminé la forme des actes qui les contiennent, et a prescrit certaines formalités qui doivent être rigoureusement observées, à peine de nullité; ainsi, l'art. 970 du Code civil dispose que *le testament olographe ne sera point valable, s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur;* d'où il suit que, si l'une de ces trois circonstances venait à manquer, c'en serait assez pour faire déclarer nul le testament olographe. Si un pareil testament était écrit en entier et daté de la main du testateur, et que, pour toute signature, il ne s'y trouvât que la lettre initiale de son prénom et la lettre initiale de son nom, on n'oserait sans doute pas soutenir que ces lettres initiales équivaudraient à une signature; car, par *signature*, on entend l'expression entière et complète

du nom de celui qui signe; expression qui ne peut être rendue par les simples lettres initiales de son nom et de son prénom;

» Si, au lieu d'un testament olographe, le testateur veut faire un testament authentique ou par acte public, l'art. 973 dispose que ce *testament doit être signé par le testateur*, et que s'IL DÉCLARE *qu'il ne sait ou ne peut pas signer, il sera fait dans l'acte mention expresse de* SA DÉCLARATION, *ainsi que de la cause qui l'empêche de signer;* et enfin, l'art. 1001 veut que ces dispositions soient observées à peine de nullité. Le testament sur lequel il s'agit de prononcer, est un testament par acte public. Il doit donc, pour être valable, ou contenir la signature du testateur, ou la mention expresse de la *déclaration* par lui passée qu'il ne savait ou ne pouvait signer, ainsi que de la cause qui l'empêchait de signer. Il n'est pas méconnu et il est notoire que le testateur savait signer et était dans l'usage de le faire. Le notaire qui recevait son testament, était tellement persuadé que le testateur allait apposer sa signature au testament dont il s'agit, que, même avant qu'elle fût faite, il avait attesté cette signature; mais s'apercevant que le testateur n'avait pas rempli son attente, il a senti qu'il était de son devoir de rétracter la mention qu'il avait trop tôt faite de l'existence de cette signature; et pour cela il a ajouté : *et le testateur ayant essayé de signer, n'a pu le faire, à cause du tremblement de ses mains; de cette addition il en a été donné lecture audit testateur en présence de quatre témoins par le notaire soussigné, et les témoins ont, comme on l'a dit, signé avec nous; de tout l'acte ci-dessus lecture faite.* Le notaire et les témoins ont donc reconnu que, si le testateur avait pris la plume pour signer, et s'il avait tracé quelques lettres sur le testament dont il s'agit, il n'avait cependant point fait sa Signature. Le jugement dont est appel, a suffisamment reconnu aussi que ces lettres ne pouvaient former une vraie Signature. En ce cas, que devait faire le notaire? Il lui incombait de recueillir la *déclaration* du testateur sur la cause ou le motif qui l'empêchait de signer. Cette déclaration passée par le testateur lui-même, devait être mentionnée d'une manière expresse, à peine de nullité. Le notaire fait bien mention que le testateur a essayé de signer et qu'il n'a pu le faire à cause du tremblement; de sa main. Mais c'est le notaire seul qui parle, et il n'est fait mention d'aucune déclaration passée à cet égard par le testateur. La loi a donc été évidemment violée. Si on eût pris la déclaration du testateur et qu'il eût dit : *je ne signe pas, parceque j'ai changé de volonté*, il n'y aurait sans doute pas de testament. Le législateur a donc eu raison d'exiger impérieusement que la cause qui empêche le testateur de signer, soit déclarée par lui-même, et qu'il soit fait mention expresse de cette déclaration. Il a donc eu raison de ne pas laisser à la discrétion du notaire d'expliquer lui-même et sans la participation du testateur, le motif ou la cause qui l'empêche de signer;

» Attendu que les circonstances que les premiers juges ont prétendu réunir pour en faire sortir par induction l'équivalent d'une déclaration passée par le testateur et conforme à celle exprimée par le notaire, peuvent bien faire soupçonner que, si le testateur eût parlé, il eût été possible qu'il eût tenu le même langage; mais si, malgré cette présomption, qui semble avoir entraîné les premiers juges, on peut admettre la possibilité du contraire, il s'ensuit qu'une simple présomption induite des faits, ne peut remplacer une déclaration que la loi exige de la part du testateur. S'il en était autrement, ce serait substituer aux dispositions précises de la loi, le plus dangereux arbitraire; et les tribunaux, sans règle fixe, flotteraient perpétuellement dans des incertitudes et des variations auxquelles il serait impossible d'assigner un terme;

» Attendu qu'on ne peut pas non plus induire du silence que le testateur paraît avoir gardé après que le notaire eût fait la lecture de la partie additionnelle de son acte, que le testateur a approuvé cette addition; car ce n'est pas le silence du testateur que la loi réclame, c'est sa déclaration, et il n'en a encore passé aucune après cette lecture (1) ».

VIII. On vient de voir que, sous l'ordonnance de 1735, la déclaration du testateur de ne savoir ou ne pouvoir pas signer, était, suivant Raviot, suffisamment exprimée par cela seul qu'il était dit dans le testament que le testateur *ne savait signer*, *de ce requis*; ou qu'il ne pouvait *signer* à raison de telle cause, *de ce interpellé*.

C'est ce qu'a en effet jugé un arrêt de la cour de cassation dont voici l'espèce.

Le 1er février 1752, Jean Chabrier fait, devant un notaire et le nombre de témoins requis par la loi, un testament nuncupatif que ni lui ni quelques uns des témoins ne signent, mais dans lequel il est dit qu'ils ne l'*ont pas signé*, *parcequ'ils sont illettrés*, *de ce enquis et requis*.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 23, part. 2, page 128.

Après sa mort, ses héritiers légitimes attaquent ce testament, comme ne contenant pas, ainsi que l'exige l'art. 5 de l'ordonnance de 1735, la *mention* de la déclaration du testateur lui-même de ne savoir ou ne pouvoir pas signer.

Et un jugement en dernier ressort du tribunal civil du département de la Loire le déclare nul par ce motif.

Mais sur le recours en cassation de l'héritier institué, arrêt du 7 nivôse an 7, dont le *bulletin civil* nous retrace ainsi le dispositif :

« Vu l'art. 5 de l'ordonnance de 1735....;

» Et considérant que le testament de Jean Chabier, du 1er février 1752, porte que les témoins et le testateur n'ont pas signé, *parce qu'ils étaient illétrés, de ce enquis et requis*; que cette énonciation prouve suffisamment la déclaration préalable de leur impuissance de signer; que ledit testament est donc régulier à cet égard, et qu'en le déclarant nul, sous prétexte qu'il n'exprimait pas que le testateur et les témoins non signataires avaient déclaré qu'ils ne savaient pas signer, les juges du département de la Loire ont fait une fausse application de l'art. 5 de l'ordonnance de 1735;

» La cour casse et annulle..... ».

Cette manière de juger était-elle bien d'accord avec l'ordonnance de Blois à laquelle se référaient, comme on l'a vu plus haut, n° 2, les art. 5 et 23 de l'ordonnance de 1735?

On peut dire pour l'affirmative, que l'art. 63 de la première de ces lois, en permettant aux *curés et vicaires de recevoir les testamens et dispositions de dernière volonté, à la charge de faire signer les testateurs et les témoins, ou de faire mention de l'interpellation qu'ils auront faite auxdits testateurs et témoins pour signer, et de la cause pour laquelle ils ne l'auront su faire*, semblait les dispenser de la mention formelle de la déclaration faite par les testateurs de leur ignorance ou impossibilité.

Mais il est à remarquer qu'elle ajoutait : *suivant nos ordonnances*. Or, on a vu plus haut que l'ordonnance d'Orléans et celle de Blois elle-même voulaient que les notaires fissent mention, non seulement de l'interpellation qu'ils auraient faite aux testateurs et aux témoins s'ils savaient ou pouvaient signer, mais encore de leur réponse. On allait donc contre le texte formel de ces lois, lors qu'on jugeait que la mention de la réponse était suppléée par celle de l'interpellation.

Ce qu'il y a du moins de très-certain, c'est que le testament du sieur Chabrier eût dû être déclaré nul sans la moindre hésitation, s'il eût été postérieur à la publication de la loi du 8-10 septembre 1791, puisque cette loi exigeait absolument et à peine de nullité, qu'à la mention de la *réquisition faite par le notaire aux testateurs et aux témoins de signer*, fût jointe celle de la déclaration ou *réponse de ceux-ci de ne pouvoir ou ne savoir signer*.

Mais aujourd'hui que la simple mention de la déclaration du testateur de ne savoir ou ne pouvoir signer, suffit sans mention de l'interpellation préalable du notaire, quel devrait être le sort d'un testament qui ne contiendrait pas, de la part du testateur, la déclaration de ne savoir ou ne pouvoir pas signer, mais seulement l'interpellation que le notaire lui aurait faite, soit de signer, soit de déclarer s'il savait ou pouvait le faire?

Un arrêt de la cour d'appel de Toulouse, du 27 avril 1813, a déclaré valable le testament notarié qu'Étienne Merle avait fait le 23 fructidor an 11, deux mois après la publication du titre des *donations et testamens du Code civil*, et qui était attaqué à raison de l'insuffisance de la clause suivante qui le terminait : « fait, lu et récité en entier au testateur, en » présence des sieurs Terneur, Desmeaux, » Souldalie et Bories, qui ont signé, savoir, » Terneur, Desmeaux et Souldalie, *non ledit* » *Bories, non plus que le testateur, pour ne* » *savoir, de ce requis, l'un après l'autre, par* » *nous*.... »; et voici comment il a motivé sa décision :

« Le moyen de nullité libellé contre le testament du 23 fructidor an 11, pris de ce que cet acte ne mentionne pas la déclaration ou réponse du testateur qu'il ne savait pas signer, serait valable dans le droit, d'après l'art. 973 du Code civil, s'il ne manquait pas en point de fait; et réellement ce testament devrait être annulé, si la formalité de la mention de la déclaration que doit faire le testateur, qu'il ne sait signer, avait été omise;

» Mais d'un côté, le testament exprime que le testateur et le témoin Bories furent requis, l'un après l'autre par le notaire; de signer d'autre côté, le testament ajoute qu'étant requis, ils ne surent le faire; en un mot, l'ignorance du testateur n'est exprimée qu'à la suite de la réquisition expresse faite à ce sujet par le notaire. Or, dans le fait, quand à la demande que le notaire atteste avoir été faite au testateur et aux témoins de signer, se joint aussi la mention expresse qu'ils n'ont su signer, il est impossible de se dissimuler que leur ignorance fut par eux déclarée, en réponse à la demande du notaire, et de ne pas trouver dans le testament la mention littérale de cette réponse; dès-lors, la déclaration qu'ils n'ont su signer, existe, elle se rencon-

tre dans ce testament, et il est impossible de l'en séparer (1)».

Mais la cour d'appel de Limoges en avait jugé tout autrement, par un arrêt du 27 juin 1808; et les motifs qu'elle en avait donnés, me paraissent sans replique :

« Attendu (avait-elle dit) que, quoiqu'il soit énoncé dans le testament dont il s'agit, *que la testatrice n'a pas signé à cause d'une faiblesse de la main, de ce faire par le notaire interpellée*, ces expressions ne peuvent faire considérer comme constatant que la testatrice a déclaré elle-même cette impossibilité de signer, parce que l'interpellation ne suppose pas nécessairement la réponse, et qu'il est possible que le notaire ait jugé lui-même de l'impossibilité de signer de la testatrice;

» Qu'ainsi, le vœu de l'art. 973 du Code civil, qui exige une mention expresse de la déclaration du testateur de ne pouvoir signer, n'a pas été rempli, et que ledit testament doit être déclaré nul, aux termes de l'art. 1001 du même code (2) ».

M. Toullier (tome 5, no. 438) appelle cela *fonder les arrêts de Thémis sur des possibilités imaginaires*. Mais quoi! Faut-il de grands efforts d'imagination pour supposer que le testateur n'a rien répondu à l'interpellation du notaire, lorsque l'acte ne fait pas mention de sa réponse? La loi ne veut-elle pas qu'on le présume ainsi d'après le silence de l'acte? N'est-ce pas la conséquence nécessaire du soin qu'elle met à exiger que la mention de la déclaration du testateur soit *expresse*? Et que signifierait ce mot *expresse*, s'il n'excluait pas absolument toute présomption morale, toute espece de conjecture en cette partie? Comment d'ailleurs l'interpellation qui, lorsqu'elle était requise à peine de nullité, ne supposait pas nécessairement la réponse, la supposerait-elle nécessairement aujourd'hui qu'elle ne forme plus, de la part du notaire, qu'une vaine redondance, qu'un vrai pléonasme?

Aussi la critique que M. Toullier avait faite de son arrêt du 17 juin 1808, n'a-t-elle pas empêché la cour royale de Limoges, d'en rendre un semblable le 4 décembre 1821.

« Attendu que le testament dont il s'agit au procès, porte seulement : *la testatrice n'a pu signer à cause de maladie, de ce faire interpellée;* qu'on voit bien dans cette énoncé, que la testatrice n'a point signé l'acte, comme aussi la cause qui l'en a empêchée; mais qu'on n'y trouve point, de la part de la testatrice elle-même, la déclaration qu'elle était dans l'impossibilité de signer; que, par conséquent, l'énoncé de cette impossibilité a été, non son propre fait, comme le veut la loi, mais celui du notaire qui a reçu le testament, et qui n'avait point qualité pour faire cette déclaration;

» Attendu enfin, que rien ne saurait suppléer une déclaration qui doit émaner du testateur lui-même (1) ».

Toutefois je n'irais pas jusqu'à regarder comme nul un testament dans lequel le notaire, après avoir exprimé qu'il a interpellé le testateur de signer, constaterait un fait qui présupposerait nécessairement que le testateur a répondu ne savoir pas le faire, et pourquoi? Parcequ'alors il y aurait *équipollence parfaitement adéquate et identique* entre la mention expresse de la déclaration du testateur de ne savoir signer, et la mention du fait dont cette déclaration non exprimée serait la conséquence nécessaire.

C'est ainsi qu'ayant à statuer sur le testament de la dame Dietrich, que le notaire avait terminé par ces mots : *et a la testatrice fait sa marque pour ne savoir écrire ni signer, de ce enquise suivant la loi*, la cour de Colmar l'a déclaré valable, par arrêt du 13 novembre 1813,

« Attendu que l'art. 973 du Code civil, en ordonnant qu'il soit fait mention expresse dans le testament, de la déclaration du testateur qu'il ne sait ou ne peut signer, ne prescrit aucune formule sacramentelle à cet effet; qu'il faut faire une grande différence entre la disposition qui ordonne que telle chose sera dite, et celle qui ordonne que telle chose sera faite; que, dans le premier cas, ce sont les mots sacramentels qui doivent être dits, et que, dans le second, au contraire, c'est la chose virtuelle qui doit être faite, peu importe de quelle manière; que la disposition de l'ordonnance de 1735 est littéralement conforme en ce point à celle du code, à la seule différence du mot *expresse* qui s'y trouve ajouté, et qui est bien loin de supposer une formule spéciale que le surplus de la loi ne prescrit pas; qu'ainsi, le testament est régulier, s'il présente en substance la preuve de l'exécution des dispositions de la loi; qu'il suffit, en d'autres termes, que le fond en substance de ce qui en a été l'objet, soit exactement conservé, de quelque manière que le notaire juge à propos de le rédiger; que cette doctrine professée par tous les auteurs, notamment par

(1) *Ibid.* tome 22, part. 2, page 168.
(2) *Ibid.* tome 8, part. 2, page 218.

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1823, Supplément, page 173.

d'Agueſſeau, dans ſa lettre du 30 décembre 1742, et par Ricard, tome 1er, 1re partie, chap. 5, sect. 6, a été consacrée, dans l'ancienne jurisprudence, par un très-grand nombre d'arrêts qui, au moyen de l'identité de la législation en ce point, conservent toute leur force.

» Attendu que ce n'est point par des inductions vagues, arbitraires et susceptibles d'une saine contradiction, qu'on peut admettre la preuve de l'exécution de la loi; qu'il faut, au contraire, que la clause soit telle que l'induction se fasse en quelque sorte par nécessité, et que conséquemment il ne soit pas possible de donner sainement à cette même clause une autre interprétation, ni de lui attribuer d'autre effet que celui d'exprimer en termes implicites ce qui est prescrit;

» Attendu qu'en appréciant, sous ce double rapport, la clause portée au testament attaqué, et portant que le testateur a fait sa marque, ne pouvant écrire ni signer *de ce enquis suivant la loi*, on remarque d'abord qu'elle renferme la preuve positive que le notaire a enquis le testateur de déclarer s'il sait ou peut signer, puisque ces mots, *suivant la loi*, supposent nécessairement que la demande a porté sur la disposition textuelle de la loi, et que, de fait elle en contenait les termes sacramentels; que le testateur était d'ailleurs légalement présumé connaître que cette demande ainsi faite *suivant la loi*, annonçait déjà du moins, de la part du notaire, l'intention de l'exécuter ponctuellement; qu'on remarque ensuite que ce n'est et ne peut être qu'après cette interpellation et comme réponse, que le testateur a d'abord fait sa marque, ce qui offre une première réponse de fait qui ne peut être considérée sainement que comme une déclaration du testateur qu'il ne sait pas signer autrement, c'est-à-dire, qu'il ne sait écrire ni signer, et qu'il ne sait que faire sa croix; puisqu'on ne peut pas supposer raisonnablement que celui qui sait écrire ou signer, et qui est interpellé de le faire, ne fasse qu'une simple croix; qu'à cette première réponse de fait qu'on pourrait en quelque sorte regarder comme remplissant suffisamment le vœu de la loi, se joint la déclaration que la marque n'a été faite que pour ne savoir écrire ni signer; déclaration qui, rapprochée de la demande ainsi faite, par le notaire, ne peut être attribuée qu'au testateur, tant comme réponse verbale à l'interpellation qui lui était faite, que comme l'indication du motif d'après lequel il ne déférait à l'interpellation de signer, qu'en apposant sa marque; que, pour apprécier cette partie du testament, il ne faut pas la diviser; qu'il faut, au contraire, la prendre dans son ensemble, et que, considérée sous ce rapport, dès qu'elle présente la preuve textuelle de l'interpellation et de l'apposition de la marque comme réponse de fait à cette même interpellation, le surplus n'est et ne peut être que l'explication, par le testateur, du motif pour lequel il signe de cette manière; qu'on est d'autant plus fondé à le décider ainsi, que les appelans n'ont pas allégué que le testateur sût, dans le fait, écrire ou signer; allégation qui, si elle eût été présentée et prouvée, eût offert un moyen de nullité radicale; qu'ainsi, le fait constant que le testateur ne savait écrire ni signer, se concilie parfaitement avec la marque qu'il a apposée et avec la déclaration qu'il a faite comme réponse (1) ».

Mais ne peut-on pas opposer à cet arrêt celui que la cour d'appel de Bruxelles avait rendu le 8 décembre 1810, sur une espèce qui avait une grande analogie avec celle du testament de la dame Dietrich? Je ne le crois pas.

Il s'agissait d'un testament que le sieur Crombez avait fait, le 26 ventôse an 12, devant un notaire et quatre témoins, et à la fin duquel se trouvaient les expressions suivantes: « et après que ledit Crombez eut reconnu que » le contenu au présent acte est la vraie, fidèle » et libre expression de sa volonté, et qu'il » eut persisté à déclarer qu'il voulait que le » présent acte ait sa pleine et entière exécu» tion, de la manière qu'il pourra le mieux va» loir et subsister, *il a signé par une marque* » *en forme de croix, pour ne savoir plus écrire* » *ni signer par abattement, de ce bien et duement interpellé*; le tout en son domicile à » Mons, en présence des notaires et témoins » susnommés, qui ont signé avec lui la pre» sente minute laissée audit notaire. *Signé* » C. B. CROMBEZ, *par sa marque*, etc. ».

L'arrêt cité a déclaré ce testament nul, « attendu que, suivant l'art. 973 du Code civil, » ce n'est pas au notaire que la loi demande » si le testateur sait ou peut signer, mais » qu'elle exige la mention expresse de la dé» claration du testateur; que cette mention ne » se trouve pas dans le testament; qu'aux ter» mes de l'art. 1001 du Code, l'inobservation » des formalités requises par les art. 972 et » 973 emporte nullité (2) ».

Et pourquoi n'a-t-il pas prononcé comme l'a fait depuis l'arrêt de la cour d'appel de Colmar, du 9 novembre 1813? Parcequ'il se

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1814, Supplément, page 99.

(2) Décisions notables de la cour d'appel de Bruxelles, tome 21, page 359.

trouvait, entre les deux espèces, une différence essentielle.

Dans le testament de la dame Dietrich, il était exprimé en termes exclusifs de toute équivoque que le notaire avait interpellé la testatrice de signer, et il était, dès-lors, indubitable que la croix faite par la testatrice au bas de son testament, avec énonciation qu'elle l'y avait apposée pour *ne savoir ni écrire ni signer*, présupposait, de sa part, la déclaration qu'elle ne savait pas signer.

Au lieu que, dans le testament du sieur Crombez, il était incertain si c'était sur l'action de signer ou sur l'action de faire une simple marque, que portait l'interpellation du notaire; que, même prise à la lettre, elle ne pouvait se référer qu'à celle-ci; et que, dès-lors, la marque apposée par le testateur au bas de son testament, supposait bien, de sa part, la déclaration qu'il pouvait en faire une, mais non pas la déclaration qu'il ne savait pas signer.

Il y a plus. Le sieur Crombez se trouvait, relativement à l'absence de sa signature, dans une position toute différente de celle de la dame Dietrich. La dame Dietrich ne savait pas signer, au lieu que le sieur Crombez le savait bien, mais ne le pouvait pas. Il ne fallait donc pas seulement que la cause qui l'avait empêché de signer, fût énoncée dans le testament, comme elle l'y était en effet, mais encore qu'elle y fût énoncée comme déclarée par lui-même; et le testament ne contenait aucune mention de la déclaration qu'il en avait dû faire.

C'est à raison d'un vice semblable qu'a été annulé, dans l'espèce suivante, un testament qui d'ailleurs contenait, outre l'interpellation faite par le notaire au testateur de signer, et la déclaration du testateur lui-même de ne pouvoir le faire, la mention d'un fait qui constatait effectivement l'impuissance du testateur de signer.

En 1816, Marie Cathala, femme Belot, fait un testament notarié qu'elle essaie de signer, et qu'elle souscrit en effet de son prénom et de deux lettres illisibles; mais voyant qu'elle ne peut compléter sa signature, le notaire croit y suppléer par la mention suivante : « et ladite testatrice, qui avait été requise par » nous notaire de signer le présent, et qui » avait cru pouvoir le faire, ayant essayé de » signer, n'a pu compléter sa Signature, ainsi » qu'il résulte de l'essai ci-à-côté; de quoi » elle nous a requis de lui concéder acte, » comme aussi lui avons nous fait lecture de » la présente déclaration ».

La testatrice meurt en 1819, et ses héritiers légitimes attaquent son testament, comme ne contenant pas, de sa part, la déclaration de la cause qui l'a empêchée de signer.

Jugement qui, adoptant ce moyen, déclare le testament nul.

Et sur l'appel du légataire universel, arrêt de la cour royale de Toulouse, du 5 avril 1821 (1), qui confirme ce jugement,

« Attendu que, quoiqu'en général, et d'après les art. 973 et 100 du Code civil, le testament public doive, à peine de nullité, être signé par le testateur, néanmoins la dame Marie Cathala, épouse Belot, n'a point signé celui dont il s'agit, ainsi que le constate, soit l'état, soit la teneur de ce testament; car l'on ne saurait réputer signature suffisante, l'un des prénoms de la testatrice et les deux lettres qui le suivent; ce ne fut là qu'un *essai* léger, comme le qualifie le testament même, et un léger commencement de sa signature, à laquelle il manque ce qu'il y avait de plus essentiel à ajouter pour l'achever ou la compléter; ce défaut de signature aurait été valablement suppléé, aux termes de l'art. 5 de l'ordonnance de 1735, par la mention de la simple déclaration qu'aurait faite la testatrice, ou bien qu'elle ne savait pas (dans le cas où elle eût été, en effet, illétrée), ou bien qu'elle ne pouvait pas signer (2). Mais l'art. 973 du Code civil requiert, *de plus*, que, pour tenir lieu de la signature que le testateur n'a pu faire, le testament mentionne, en termes formels, la déclaration faite par son auteur, non-seulement du fait qu'il n'a pas pu signer, mais encore de la cause de ce fait et par laquelle il a été empêché d'y apposer sa signature;

» Cette formalité, qui fut en vigueur depuis la publication de l'art. 63 de l'ordonnance de Blois jusqu'à celle de l'ordonnance de 1735, a été rétablie, et se trouve recommandée si rigoureusement par l'article précité du Code, qu'à son inobservation est attachée la peine de nullité par l'art. 1001. Il ne suffisait donc pas de dire, dans un testament où manque la signature de son auteur, que celui-ci n'a pu

(1) C'est le Journal des audiences de la cour de cassation qui lui donne cette date (année 1822, Supplément, page 174); mais M. Sirey, qui le rapporte également, tome 23, part. 2, page 68, le date du 5 avril 1818; et c'est évidemment une erreur de sa part, puisque la testatrice était morte en 1819.

(2) Je crois avoir prouvé ci-dessus, n° 2, que l'ordonnance de 1735 se référait, sur ce point, aux art. 63 et 165 de l'ordonnance de Blois.

signer, ou même a déclaré ne pouvoir signer; il faut en outre y exprimer la cause pour laquelle le testateur a déclaré être empêché de le signer; l'on doit, du moins, y ajouter pourquoi il ne l'a point pu. Cependant le testament de la dame Belot se borne à dire qu'elle ne put compléter sa signature; et tout ce qui pourrait en résulter, serait qu'elle déclara ne pouvoir l'achever; mais il n'exprime point qu'elle ait déclaré pourquoi elle ne le pouvait pas; il ne mentionne pas la cause qui l'en empêche; et enfin, il est impossible d'en induire cette cause, même par équipollence. Si le commencement de la signature laisse entrevoir que la testatrice eut d'abord la volonté et le pouvoir de signer, l'on peut aussi, de ce qu'elle n'acheva point sa signature, conclure que cette volonté et ce pouvoir ne tardèrent point à prendre fin, sans néanmoins qu'on sache le motif et la cause qui les fit cesser. Or, le testament porte bien que la testatrice n'a pas pu signer, il fait même conjecturer qu'elle déclara ne pouvoir le faire; mais l'on n'y trouve pas, même en termes seulement implicites, la cause qui l'en empêcha; d'où il suit que la décision dont est appel, est juridique.]]

IX. On peut pressentir par ces détails comment a dû être jugée une espèce singulière qui s'est présentée au châtelet en 1750.

Deux notaires reçoivent le testament d'un malade et lui en font la lecture; il l'approuve, et dit qu'il va signer: en conséquence, les notaires terminent leur acte par ces mots, *et a signé*. En même temps, l'un d'eux lui présente la plume; le testateur la prend, mais elle lui échappe; il meurt dans l'instant, et les notaires en dressent un procès-verbal qu'ils joignent au testament. Procès sur la validité de cet acte. Les légataires soutiennent qu'il doit avoir son effet, parceque les notaires ont dit que le testateur avait persévéré. Les héritiers répondent que c'est peut-être par inconstance que le testateur n'a pas signé; que les notaires ne sont pas compétens pour décider que sa faiblesse en a été l'unique cause, et qu'il n'appartient qu'au testateur de rendre raison du défaut de sa Signature. Là-dessus, sentence du châtelet qui déclare le testament nul.

Cette décision est assurément calquée sur les vrais principes. Cependant elle est contrariée par un arrêt du parlement de Rouen, dont Basnage, art. 412, nous présente ainsi l'espèce: « Un testament qui contenait qu'il » avait été lu, et que le testateur avait déclaré » être sa volonté, ce qu'il n'avait pu signer, » pour être tombé en syncope et ensuite » mort, fut déclaré valable par arrêt du 8 mai » 1659 ».

Mais cet arrêt est trop étrange pour que l'on puisse croire que Basnage en ait bien rendu l'espèce; ce qu'il y a de certain, c'est qu'il ne doit pas faire jurisprudence. Écoutons Ferrière, sur la coutume de Paris, art. 189, gl. 6, n° 10: « la signature du testateur, ou la dé- » claration qu'il n'a pu signer et de la cause, » sont tellement essentielles au testament, » que, lorsque le testateur a perdu l'usage de » la parole avant la signature, ou la déclara- » tion de ne savoir et ne pouvoir signer, le » testament est nul. M. Auzanet dit avoir été » jugé ainsi, par arrêt (du parlement de Paris) » du 8 juin 1634, plaidant Bordeau et Desma- » rets ».

[[X. Mais que devrait-on décider, si, après la mention que le testateur a signé, il était dit qu'ayant essayé de le faire, il a déclaré ne le pouvoir à cause de sa maladie et de sa faiblesse ?

Il est certain que le testament serait nul, si ces deux déclarations étaient en contradiction l'une avec l'autre, puisque, dans cette hypothèse, il y aurait, non seulement absence de signature de la part du testateur, mais encore défaut de déclaration qu'il n'a pas pu signer. Mais il est sensible que ces deux déclarations ne se contredisent point. Tout ce que le notaire a voulu dire par la première, c'est que le testateur signerait et qu'il en avait la volonté; et c'est ce qu'il a ensuite parfaitement expliqué, en ajoutant que le testateur, malgré son intention bien manifestée d'apposer sa signature à l'acte, n'avait pas pu le faire.

C'est ainsi au surplus que la question a été jugée dans deux espèces. Voici la première.

Jean-Baptiste Hazard fait, devant un notaire et quatre témoins, un testament par lequel il institue Zoé Gruet, sa petite-nièce, légataire *de tous ses labourages*. Cet acte est ainsi terminé « et a ledit testateur *signé* avec » moi notaire, qui ai écrit les testament en » entier, et les témoins susnommés, tant en » fin de la minute des présentes, qu'au bas de » chacune d'icelle, *ce dont j'ai fait acte*. Et à » l'instant ledit Hazard ayant essayé de signer, » nous a déclaré que sa maladie et sa faiblesse » *l'empêchaient de pouvoir signer* ».

Après la mort du testateur, son frère attaque le testament, et soutient que les deux énonciations qui terminent cet acte, se contredisent; que, par leur contradiction, elles se détruissent l'une l'autre; qu'ainsi, le testament n'a pas reçu toute sa perfection.

Jugement du tribunal de première instance

de Bar-sur Seine, qui ordonne l'exécution du testament.

Sur l'appel, la cour de Paris confirme ce jugement, « attendu que ce n'est point une » contradiction dans le testament, que d'avoir » annoncé d'abord que le testateur, qui savait » écrire, et que l'on croyait en état de le faire, » *avait signé*, et d'avoir dit ensuite, qu'après » avoir essayé de signer, *il ne l'avait pu*, à » raison de sa faiblesse.... ».

L'héritier se pourvoit en cassation, et soutient que l'art. 973 du Code civil a été violé.

« Aux termes de cet article (dit-il), le testament doit être *signé* par le testateur; et, s'il déclare ne *savoir ou ne pouvoir signer*, il doit être fait, dans l'acte, mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer. Ainsi, deux parties distinctes dans la disposition de la loi : ou Signature du testateur, ou mention expresse de la déclaration par lui faite, qu'il ne sait ou ne peut signer, et de la cause qui l'empêche de le faire. Mais il ne peut, il ne doit pas surtout y avoir la *double* énonciation, *et* de la Signature, *et* du défaut de Signature, c'est-à dire, du fait même et de l'absence du fait. Ces deux choses sont inconciliables; elles impliquent contradiction : les avoir énoncées dans le même acte, ce n'est pas seulement avoir fait une faute de rédaction, c'est avoir violé la loi, qui ne veut pas que deux choses incompatibles semblent concourir, mais qui veut que l'une des deux soit légalement attestée.

» Lorsqu'un notaire écrit un testament sous la dictée du testateur, il doit, avant de le clore, requérir le testateur de signer ou de déclarer qu'il ne sait point signer, ou ne le peut.

»Ce n'est qu'après cette interpellation, qu'il termine son acte par l'une ou l'autre des deux mentions que la loi a admises. Ici, l'acte a été terminé par la mention de la Signature, et il est demeuré imparfait et nul par l'absence de la Signature annoncée. Ce vice n'a pu être réparé par une énonciation postérieure et contraire à la première, quand on laissait subsister cette première qui détruisait l'autre. Et lors même qu'on ne devrait considérer que la dernière, elle ne suffirait pas pour compléter le testament, car elle est elle-même incomplète et nulle. Pour qu'elle fût valable, il faudrait qu'elle contînt, comme la première, la mention de la Signature des témoins. Mais cette mention n'a point été répétée : elle ne peut se tirer de celle faite dans la première déclaration, puisque cette première déclaration est *nulle*, et doit être considérée comme non avenue. Elle manque donc dans le testament; et dès lors, le testament est nul ».

Par arrêt du 21 juillet 1806, au rapport de M. Doutrepont,

« Attendu qu'il est dans l'ordre naturel que, lorsque les testateurs et témoins annoncent vouloir signer le testament, le notaire déclare qu'ils ont signé, quoique les Signatures ne suivent pas cette déclaration; que, si le testateur déclare ensuite que sa maladie et sa faiblesse l'empêchent de signer, le notaire peut et doit le dire dans l'acte, et il n'existe en cela aucune espèce de contradiction :

« La cour rejette le pourvoi.... ».

La seconde espèce n'était, aux noms près, que la répétition de la première.

Le 19 février 1811, testament notarié de la demoiselle Bailly, dont la fin est ainsi conçue :

« Ce fut ainsi dicté par la testatrice, et écrit par le notaire de sa main, tel qu'il a été dicté, les témoins présens; depuis lu et relu, en présence des témoins, par nous notaire à la testatrice, qui, les témoins présens, a déclaré avoir bien entendu ladite lecture et persister dans les dispositions ci-dessus, *et a, ladite testatrice, signé avec nous et les quatre témoins présens.*

» Lecture de nouveau faite en présence desdits témoins, ladite demoiselle Bailly a, en présence desdits, *déclaré que son état de maladie* ne lui permettait pas de *pouvoir signer*, que sa main était trop tremblante et sa vue trop faible, de ce sommée; les témoins présens et lecture faite à la testatrice, en leur présence, de cette déclaration, etc. ».

Marc Bailly, héritier *ab intestat* de la demoiselle Bailly, demande la nullité de ce testament par le même moyen qu'avait été précédemment attaqué celui du sieur Hazard.

Le 16 février 1812, jugement du tribunal de première instance de Boulogne-sur-mer, qui, adoptant ce moyen, déclare le testament nul.

Mais sur l'appel, arrêt de la cour de Douai, qui réforme ce jugement et déclare le testament valable.

Et sur le recours en cassation de Marc Bailly, arrêt du 18 juin 1816, au rapport de M. Liger de Verdigny, par lequel,

« Attendu que le testament dont il s'agit, n'offre, dans sa contexture, qu'un seul et même acte revêtu des formalités prescrites, pour sa validité; que la déclaration faite par le notaire, que la testatrice l'avait signé, quoiqu'en cet endroit cette signature ne soit pas apposée, se justifie par la réponse subséquente faite par la testatrice, en présence des témoins, sur l'interpellation du notaire,

qu'elle ne pouvait signer, *sa main étant trop tremblante et sa vue trop faible..... ;*

» La cour (section des requêtes) rejette le pourvoi.... (1) ».]]

XI. Faut-il que la déclaration de ne savoir ou ne pouvoir signer, termine absolument l'acte et précède immédiatement la signature des témoins et du notaire ?

Il semble, au premier coup d'œil, que cela n'est pas nécessaire : c'est de la foi du notaire et des témoins que dépend celle qui est due à cette déclaration ; qu'importe donc en quel endroit du testament cette déclaration se trouve ? Le fait qu'elle constate, peut il être changé par le temps qui est employé à rédiger l'acte ? Non : dès-lors, que fait-il de plus ?

« Néanmoins (dit Ricard, part. 1, n° 1532), il faut résoudre qu'elle doit être mise à la fin du testament, parceque, tenant lieu de la Signature, qui est la marque de l'accomplissement de la volonté du testateur et de la dernière approbation qu'il donne à l'acte, il est nécessaire que les autres solennités soient renfermées et conclues par celle-ci.

» C'est aussi ce qui a été jugé par arrêt du 12 avril 1649, conformément aux conclusions de M. l'avocat-général Bignon ».

[[Mais qu'est ce qu'entend Ricard, en parlant ainsi : *elle doit être mise à la fin du testament?* Entend-il seulement que la déclaration de ne savoir signer doit se trouver dans la clôture de l'acte, n'importe qu'elle en forme ou non la dernière partie ; ou bien sa pensée est-elle que cette déclaration doit absolument terminer la clôture de l'acte et précéder immédiatement la Signature des témoins et du notaire ?

C'est ce qu'il explique fort clairement par la manière dont il retrace l'espèce de l'arrêt qu'il cite : « Le testament (dit-il) était argué » de nullité, en conséquence de ce que la dé» claration que la testatrice avait faite de ne » savoir écrire ni signer, précédait la clause » qui faisait mention que le testament lui » avait été lu et relu, suivant la coutume ; de » sorte que les héritiers prétendaient que cette » clause, nécessaire pour la solennité du testa» ment, n'était pas approuvée par la Signature » de la testatrice, ou, quoique ce soit, par la » déclaration qui lui devait équipoller ; et en » conséquence, que le testament était impar» fait ; ce qui fut jugé par l'arrêt ».

C'était donc dans la clôture de l'acte que se trouvait la mention de la déclaration du testateur de ne pouvoir signer ; et le testament ne fut déclaré nul que parceque cette mention ne formait pas précisément la fin de la clôture de l'acte. On voit d'ailleurs dans le Journal des audiences et dans le recueil de Soefve, tome 1, cent. 3, chap. 1, que, non seulement cette mention était précédée, comme le dit Ricard, des termes *dicté et nommé*, *lu et relu*, mais que ces termes l'étaient eux-mêmes de la date du testament.

En un mot, il est évident que, suivant cet arrêt, la mention de la déclaration du testateur de ne savoir ou ne pouvoir signer, doit occuper dans le testament la même place qu'y occuperait sa Signature, s'il savait signer et signait effectivement.

Mais n'y a-t-il pas trop de subtilité dans cette manière de juger ; et de ce qu'à l'égard du testateur qui ne sait pas signer, la déclaration qu'il en fait, tient lieu d'une Signature effective, s'ensuit-il en bonne logique qu'elle doit être placée à l'endroit même où il devrait signer, s'il pouvait le faire ? Que sa Signature, lorsqu'il l'appose réellement, ne puisse être placée qu'à la fin de la clôture de l'acte, cela est dans la nature des choses ; elle est requise pour constater, non seulement les dispositions qu'il a dictées, mais encore l'observation de toutes les formalités testamentaires ; elle ne remplirait donc pas son objet, elle ne signifierait donc rien, si elle précédait, soit les dispositions contenues dans le testament, soit la mention de toutes les formalités sans le concours desquelles il n'aurait point d'existence légale. Mais lorsque le testateur ne sait ou ne peut pas signer, et qu'il le déclare, où est la nécessité que sa déclaration soit insérée dans telle partie de l'acte plutôt que dans telle autre ? Cela n'est assurément pas dans la nature des choses ; car si l'on peut dire que le testateur qui a signé au commencement de l'acte, peut avoir changé de volonté dans le cours de l'acte même, on ne pourrait pas dire également que le testateur qui aurait déclaré au commencement de l'acte, qu'il ne savait ou ne pouvait pas signer, eût pu devenir capable de signer au moment où l'acte se terminait.

L'arrêt du parlement de Paris, du 12 avril 1649, n'était donc fondé que sur un mauvais sophisme.

Mais la décision de cet arrêt n'est-elle pas aujourd'hui érigée en loi, non seulement en tant qu'il en résulte que le testament serait nul, si la déclaration de ne savoir ou ne pouvoir signer, se trouvait au commencement ou dans le corps de l'acte, mais même en tant qu'il en résulte qu'il y aurait également nullité, si cette déclaration, quoique placée dans

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 11, page 439.

la clôture de l'acte, ne la terminait pas absolument?

La loi du 25 ventôse an 11, qui est en général, comme on le verra au mot *Testament*, sect. 2, §. 3, art. 2, n° 8, commune aux testamens reçus par des notaires, et aux actes notariés entre-vifs, après avoir dit, art. 14. que les notaires doivent *faire mention à la fin de l'acte*, des Signatures des parties et des témoins, ajoute, §. 2 : « Quant aux parties qui » ne savent ou ne peuvent signer, le notaire » doit faire mention *à la fin de l'acte*, de leurs » déclarations à cet égard »; et l'art. 68 porte que « tout acte fait en contravention aux dis» positions contenues aux art. 6, 8, 9, 10 et » 14....., est nul ».

Il semble résulter de là qu'aujourd'hui on devrait regarder comme nul, un acte notarié ordinaire dans lequel la déclaration de ne savoir ou ne pouvoir signer, serait placée dans le préambule ou dans le corps des dispositions de l'acte même, et que *la fin de l'acte* est la seule place que cette déclaration puisse occuper pour tenir lieu d'une Signature effective; et je le supposerai ici pour le moment.

Mais d'abord, en raisonnant d'après cette supposition (que j'examinerai ci-après, art. 3, n°s 7 et 8), qu'est-ce qu'entend l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11 par les mots *à la fin de l'acte*? Leur attache-t-il le sens subtil et rigoureux de l'arrêt du 12 avril 1649? Et en supposant qu'il soit spécialement sur ce point, comme il l'est en général, applicable aux testamens, ni plus ni moins qu'aux actes notariés entre-vifs, en résulte-il que l'acte serait nul, si la mention de la déclaration de ne savoir ou ne pouvoir signer, se trouvait dans la clôture, mais ne la terminait pas absolument?

En second lieu, l'art. 973 du Code civil ne déroge-t-il pas à la loi du 25 ventôse an 11, ainsi entendue, lorsqu'il dit, que, si le testateur « déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, » il sera fait, *dans l'acte*, mention expresse de » sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'em» pêche de signer »? Exiger simplement que la mention en soit faite *dans l'acte*, sans désigner la partie de l'acte qui doit la contenir, n'est-ce pas faire entendre assez clairement qu'elle peut être faite dans quelque partie de l'acte que ce soit?

La première de ces questions ne paraît susceptible d'aucune difficulté sérieuse.

Si, quant au placement de la mention dont il s'agit, la prétendue disposition du §. 2 de l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11 était fondée en raison, si elle dérivait de la nature même des choses, si elle avait pour motif le principe adopté par l'arrêt du parlement de Paris, du 12 avril 1649, que la déclaration de ne savoir ou ne pouvoir signer, tenant lieu de la Signature, elle ne peut être placée que là où devrait se trouver la signature elle-même, en cas que le testateur signât réellement, on ne pourrait guères douter que, par les mots *à la fin de l'acte*, cet article n'entendît la dernière partie de la clôture.

Mais, d'un côté, je crois avoir démontré qu'il n'y a rien de moins fondé en raison que cette partie de l'art. 14; et la conséquence qui découle tout naturellement de là, c'est qu'elle ne doit pas être prise dans un sens trop étroit, qu'elle doit l'être au contraire, dans le sens le plus large.

D'un autre côté, que résultait-il de la restriction judaïque des termes (ainsi entendus) de cette partie de l'art. 14 à leur sens littéral? Un acte notarié n'est fini, il ne reçoit son parfait complément, que par les Signatures des parties, des témoins et de l'officier public devant lesquels il est passé. Il faudrait donc, d'après le sens littéral de cet article, que la déclaration du testateur de ne savoir ou ne pouvoir signer, fût placée, non seulement après les Signatures des témoins, mais encore après celle du notaire. Et dans le fait, c'est donc en ce sens que les mots *à la fin de l'acte*, sont employés dans l'art. 15 de la même loi: « Les » renvois et apostilles ne pourront, sauf l'ex» ception ci-après, être écrits qu'en marge; ils » seront signés ou paraphés, tant par les no» taires que par les autres signataires, à peine » de nullité des renvois et apostilles. Si la lon» gueur du renvoi exige qu'il soit transporté *à* » *la fin de l'acte*, il devra être non seulement » signé ou paraphé comme les renvois écrits en » marge, mais encore expressément approuvé » par les parties, à peine de nullité du ren»voi (1) ».

Or, quoi de plus absurde que de supposer à la loi, dans l'art. 14, l'intention d'exiger que la déclaration de ne savoir ou ne pouvoir signer, soit placée après les signatures des témoins et du notaire, sans exiger en même temps qu'elle soit certifiée par de nouvelles signatures des uns et de l'autre? Et si l'on ne peut pas aller jusque-là, comment soutenir que, dans l'art. 14, les mots *à la fin de l'acte*, doivent être rigoureusement pris dans leur acception littérale? Comment ne pas convenir qu'ils doivent s'entendre tout simplement de la clôture de l'acte?

Enfin, la preuve sans réplique que, par les mots *à la fin de l'acte*, l'art. 14 n'entend que

(1) *V.* l'article *Testament*, sect. 2, §. 3, art. 2 n° 6.

la partie de l'acte qui en forme la conclusion, sans exiger que ce soit précisément *la fin* de cette partie, c'est que les mêmes expressions sont répétées dans l'art. 16, pour indiquer l'un des endroits où peut être placée l'approbation des mots rayés; et bien sûrement on ne peut pas placer ensemble et de front, mais seulement à la suite l'une de l'autre, et l'approbation des mots rayés dans le corps de l'acte, et la déclaration des parties de ne savoir ou ne pouvoir signer.

C'est ainsi, au surplus, que l'a jugé un arrêt de la cour d'appel de Paris.

Il s'agissait d'un testament notarié du 2 septembre 1807, par lequel la dame Flageolet avait institué son mari légataire universel. La testatrice avait déclaré ne savoir signer, et sa déclaration avait été placée dans la clôture de l'acte, mais n'en formait pas la dernière partie.

Les héritiers *ab intestat* se prévalurent de cette circonstance pour attaquer le testament. Le légataire universel, sans agiter la question de savoir si la déclaration eût pu être placée dans le préambule ou dans le corps même de l'acte, se borna à soutenir qu'étant placée dans la clôture, elle était censée l'être *à la fin*. Il succomba en première instance; mais sur l'appel, arrêt intervint, le 25 novembre 1813, par lequel le testament fut déclaré valable, « attendu que la clôture d'un acte se » compose nécessairement de plusieurs énon» ciations qui ne peuvent pas être écrites toutes » à la fois; que la loi n'en détermine pas » l'ordre, et que peu importe quelle est celle » qui précède ou celle qui suit, pourvu qu'elles » se trouvent toutes véritablement insérées » dans la conclusion de l'acte dont elles font » partie (1) ».

La même chose a été jugée depuis, dans l'une des espèces rapportées ci-dessus, n° 3, par la cour supérieure de justice de Bruxelles.

On se rappelle que, dans le testament de Jean-François Van den Herrewegen, la mention de la déclaration faite par le testateur, qu'il ne savait *plus écrire, à cause de sa maladie et de l'apoplexie dont il avait été attaqué*, se trouvait placée avant les mots *quinze mars mil huit cent treize*, qui le terminaient.

Les héritiers *ab intestat* prétendaient que cette mention étant placée avant la date qui terminait l'acte et en formait véritablement *la fin*, ne l'était pas à l'endroit précis où, d'après l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11, elle devait l'être sous peine de nullité.

Mais, par arrêt du 6 octobre 1815, le testament a été déclaré valable,

« Attendu que la mention des signatures des témoins et du notaire, ainsi que celle que le testateur a déclaré ne savoir plus écrire à cause de sa maladie et de l'apoplexie dont il a été attaqué, se trouvent après toutes les dispositions faites dans ce testament, et immédiatement avant la date de l'acte et la signature des témoins et celle du notaire, qui est le dernier mot de l'acte;

» D'où il suit que, dans la vraie acception des dispositions de l'art. 14 de la loi du 25 ventôse, contenant l'organisation du notariat, la mention qu'exige cet article, se trouve réellement à la fin de l'acte ».

Il est vrai que précédemment la cour d'appel de Douai en avait jugé tout autrement.

Le sieur Vallez avait fait, le 21 brumaire an 14, un testament par acte public dont la clôture était conçue en ces termes : « ainsi fait, » dicté et nommé par ledit sieur Vallez, tes» tateur, à nous notaire, en présence desdits » quatre témoins; et depuis à lui relu par nous » notaire, en présence desdits quatre témoins, » a le testateur déclaré avoir bien entendu la» dite lecture et persisté dans les dispositions » contenues au présent testament; et *a le tes» tateur déclaré ne savoir écrire, de ce sommé;* et les témoins ont avec nous signé le » présent testament entièrement écrit de la » main de nous notaire, tel qu'il a été dicté ».

Ce testament avait été attaqué par plusieurs moyens; et par arrêt du 9 novembre 1809, la cour d'appel de Douai, l'avait déclaré nul,

» Attendu qu'entr'autres dispositions relatives à la forme d'un testament, la loi veut que cet acte soit entièrement écrit par le notaire ou l'un des notaires, et que l'accomplissement de cette forme soit, comme l'accomplissement de toutes les autres, mentionnés dans le même acte;

» Que, pour constater cet accomplissement, la déclaration du notaire ne suffit pas; que cette déclaration doit être appuyée par le témoignage du testateur;

» Que le testateur, en signant l'acte qu'il a entendu lire, approuve bien tout ce qui précède, mais non ce qui serait ajouté après;

» Que la déclaration de ne savoir signer, qui, d'après la loi, peut suppléer la signature, ne peut avoir plus d'effet qu'elle;

» Que cette déclaration, comme la signature même, ne peut authentiquer et approuver que ce qui la précède, et non ce qui la suit;

» Que, dans l'espèce, la mention faite par le notaire, d'avoir écrit de sa main le testa-

(1) Jurisprudence de la cour de cassation tome 14, part. 2, page 14.

ment de Vallez, étant placée et après la mention de la lecture, et après la déclaration faite par ledit Vallez de ne savoir signer, cette mention postérieure à la déclaration de Vallez, ne peut être censée approuvée par lui-même, ni même connue de lui; qu'en un mot, cette mention, étrangère au testateur, ne peut être regardée comme faisant partie du testament; d'où il suit que ce qui devait la contenir et qui ne la contient pas, est un acte nul;

» Attendu qu'indépendamment des formes les plus rigoureuses pour les testamens, et en ne jugeant celui dont il s'agit, que d'après les règles communes à tous les actes notariés, on pourrait lui opposer encore les art. 14 et 68 de la loi sur le notariat, articles qui ordonnent, à peine de nullité, que la signature des parties ou la déclaration que telle partie ne sait pas signer, soit mentionnée à la fin de l'acte; qu'ici, la déclaration de Vallez n'est pas mentionnée à la fin de son testament, puisque cette mention est suivie de l'énonciation d'un autre fait (1) ».

Il est vrai encore que, le 2 avril 1814, un arrêt semblable a été rendu par la même cour, dans l'espèce suivante:

Le 21 décembre 1810, testament du sieur Desplanques, qui se termine ainsi: « lecture » faite du présent testament audit Desplan» ques, testateur, par ledit notaire, présens » les témoins susnommés, il a déclaré qu'il » contient ses volontés et qu'il y persiste, et » a déclaré ne plus savoir écrire ni signer à » cause de ses infirmités, et ont lesdits té» moins signé avec nous dit notaire... Fait » et passé à Planques, en la maison dudit » testateur, le 21 décembre 1810 ».

Après la mort du testateur, la veuve Duflos, son héritière légitime, a demandé la nullité de ce testament, et a reproduit, à l'appui de sa demande, le moyen qui, en 1809, avait été employé avec un aussi étrange succès, contre le testament du sieur Vallez.

Les légataires ne se sont pas bornés à combattre ce moyen. Ils ont été plus loin: abordant notre deuxième question, et la plaçant en première ligne, ils ont soutenu que l'art. 973 du Code civil déroge à l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11; et ce n'est que subsidiairement qu'ils ont ajouté que, même dans la supposition qu'il n'y dérogeât point, on n'en devait pas moins regarder comme placée *à la fin de l'acte*, la déclaration de ne savoir signer, qui, dans l'espèce, se trouvait dans la clôture de l'acte, quoiqu'avant sa date.

Par l'arrêt cité, confirmatif d'un jugement du tribunal de première instance de Montreuil, du 10 juillet 1812, le testament du sieur Desplanques a été déclaré nul,

« Attendu que la date est une formalité essentielle dont l'accomplissement doit être énoncé dans les actes notariés; que la déclaration isolée du notaire, constatant l'accomplissement, est insuffisante, et a besoin d'être attestée par la signature des parties, parceque, sans cela, on peut douter si elles ont coopéré à ladite formalité; que les parties qui signent un acte, ne font qu'approuver et confirmer tout ce qui précède leurs signatures, et non ce qui suit; que la déclaration de ne savoir signer, qui équivaut à la signature et en tient lieu, ne peut avoir plus d'effet qu'elle;

» Que *l'énonciation de la date* dans le testament dont il s'agit, *se trouve placée après la déclaration* faite par J.-P. Desplanques, *de ne savoir écrire ni signer*, et n'a pas été approuvée par lui; de sorte que l'on peut dire qu'elle n'a pas été faite en sa présence, et qu'elle ne fait pas partie de l'acte, lequel se trouve, par ce moyen, sans date à son égard, et par conséquent frappé de la nullité absolue, prononcée par les art. 12 et 68 de la loi du 25 ventôse an 11 sur l'organisation du notariat;

» Attendu que les art. 14 et 68 de la loi précitée veulent, à peine de nullité, que la signature des parties ou la déclaration qu'elles ne savent pas signer, soient mentionnées à la fin de l'acte; que, dans l'espèce, l'énonciation de la déclaration de J.-P. Desplanques dans son testament, n'est pas mise à la fin de cet acte, puisque cette énonciation est suivie de la mention des lieu, jour et an où il a été passé ».

Mais cet arrêt a été dénoncé à la cour de cassation, tant comme violant l'art. 973 du Code civil, par une fausse application de l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11, que comme violant ce dernier article lui-même, en le supposant applicable aux testamens.

L'art. 973 du Code civil (ont-ils dit) diffère, dans sa rédaction, de l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11, en ce qu'il ne détermine pas la place que doit occuper dans l'acte la mention que le testateur a déclaré ne savoir ou ne pouvoir signer. L'un déroge donc à l'autre; et dès-là, point de doute que la mention, dont il s'agit, ne puisse indistinctement être placée au commencement ou à la fin de l'acte.

Mais d'ailleurs (continuaient-ils) quand on devrait, dans l'art. 973 du Code civil, entendre les mots *dans l'acte*, comme synonymes de ce que l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11 appelle *la fin de l'acte*, l'arrêt attaqué ne pour-

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 14, part. 2, page 14.

rait pas encore échapper à la cassation. Que signifient, en effet, ces mots *à la fin de l'acte*? Ils ne veulent pas dire, *après la date*, comme la cour royale de Douai l'a pensé ; les entendre dans ce sens, serait leur donner une interprétation judaïque ; ces mots signifient évidemment que la mention, *que les parties ne peuvent ou ne savent signer*, doit être faite après toutes les dispositions de l'acte ; or, l'acte est vraiment fini lorsque le notaire a rédigé toutes les clauses qu'il doit contenir ; la date n'en est que la clôture nécessaire.

La veuve Duflos combattait d'abord la première proposition de ses adversaires.

Ce n'est que d'une manière énonciative (disait-elle), que l'art. 973 du Code civil parle de l'obligation imposée au notaire, de faire mention dans le testament de la déclaration *que le testateur ne sait ou ne peut signer*. Si l'on veut savoir dans quelle forme, ou plutôt, dans quelle partie de l'acte, cette mention doit être faite, c'est à l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11 qu'il faut recourir ; c'est dans cet article qu'on trouve la règle générale tracée pour tous les actes. On peut d'autant moins supposer que le législateur ait voulu excepter les testamens de cette règle, que la loi les assujétit à des formalités en quelque sorte plus rigoureuses que les autres actes. L'art. 973 du Code civil ne déroge donc pas à l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11 ; et bien loin de déroger à ce dernier article, c'est par lui que l'art. 973 doit être interprété, d'après ce texte si connu : *sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariæ sint.* (Loi 28, D. *de legibus*).

Considérant ensuite l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11 comme la seule loi à consulter pour déterminer la place que doit occuper dans le testament la mention de la déclaration du testateur de ne savoir ou ne pouvoir signer, la veuve Duflos cherchait à prouver que cet article avait été justement appliqué par la cour royale de Douai. Un acte (disait-elle) ne se compose pas seulement des dispositions, des clauses convenues ou dictées par les parties, mais encore des formes, des énonciations requises pour sa validité ; et l'acte n'est accompli, l'acte n'est parfait, il *n'est fini*, pour emprunter les termes de la loi, qu'alors seulement que ces formes ont été remplies et que toutes ces énonciations ont été faites. L'une des plus importantes est sans contredit la date de l'acte, puisque c'est elle qui détermine le moment où les obligations qui peuvent en résulter, ont pris naissance, si les parties étaient capables ou incapables à l'instant où l'acte a été passé, puisqu'enfin elle est une des plus sûres précautions contre la fraude et le faux ; il est donc impossible de considérer comme *fini* un acte qui n'est pas daté. D'ailleurs il est aisé de voir pourquoi le législateur a exigé que la mention que les parties *ne peuvent ou ne savent signer*, fût faite, *à la fin de l'acte*, et par conséquent ne fût placée *qu'après* la date ; c'est par la raison bien simple qu'une telle mention tient lieu de la signature que les parties ne savent ou ne peuvent donner, et que, destinée à la remplacer, cette déclaration doit tenir dans l'acte la même place que la signature elle-même, c'est-à-dire, en former la clôture.

Par arrêt du 18 août 1817, au rapport de M. Zangiacomi,

« Vu l'art. 973 du Code civil.....;

» Considérant qu'il suit de cet article que la mention que le testateur a déclaré ne pouvoir ou ne savoir signer, doit être insérée *dans l'acte* ; mais que n'indiquant pas dans quelle partie de l'acte cette mention doit être écrite, il en résulte que le notaire peut la placer où il juge à propos ;

» Considérant que la loi ci-dessus est la seule à consulter en cette matière, puisqu'elle dispose d'une manière spéciale sur la mention dont il s'agit ; qu'ainsi, en la déclarant nulle, la cour royale de Douai a violé l'art. 973 du Code civil, et faussement appliqué l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11, suivant lequel d'ailleurs la déclaration faite par une partie de ne savoir ou ne pouvoir signer, peut-être mentionnée entre la dernière disposition d'un acte et la date qui en fait la clôture ;

» La cour casse et annulle..... (1) ».

Il est nettement jugé par cet arrêt et que, même dans les actes ordinaires, la déclaration de ne savoir signer, est censée placée *à la fin* de l'acte, par cela seul qu'elle l'est dans une partie quelconque de la clôture, et que, dans les testamens, elle peut être placée dans quelque partie de l'acte que ce soit.

Sur ce second point, un arrêt de la cour d'appel de Dijon avait devancé celui de la cour de cassation.

La dame Dessoyer avait fait, en 1807, devant un notaire et quatre témoins, un testament dans lequel, après la mention de la lecture et de la déclaration de la testatrice de ne savoir signer, se trouvait une clause ainsi conçue : « à cet instant, et avant la Signature, » la testatrice veut et déclare que, dans le cas » où un de ses neveux ou nièces contesteraient » les présentes dispositions, les contestans ne

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, année 1817, page 280.

» prennent aucune part dans sa succession ; » relu et fait comme dessus ».

Ce testament a été attaqué sur le fondement que la mention de la déclaration de la testatrice n'était pas placée à la fin de l'acte, comme le veut, disait-on, l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11, sous la peine de nullité prononcée par l'art. 68 de la même loi ; et les premiers juges l'ont effectivement déclaré nul.

Mais par arrêt du 10 janvier 1810, la cour d'appel de Dijon l'a déclaré valable,

» Attendu que, sans doute, la loi de l'an 11 qui règle en général la forme des actes, doit s'appliquer aux testamens, dans tous les cas où le Code civil ne contient pas, à leur égard, de disposition particulière ; mais l'art. 973 du Code, portant simplement qu'il serait fait, dans l'acte, mention de cette déclaration, ce serait aller, à cet égard, au-delà de la loi, que d'adopter la nullité proposée par Robins et consorts ;

» Qu'il y a d'autant plus lieu à décider ainsi, qu'en comparant ces deux lois, on voit que, si le législateur a mis une grande importance à la mention de la déclaration dont il s'agit, il n'en a mis aucune à ce qu'elle soit faite quelques lignes plus bas, et qu'il y aurait d'ailleurs une rigueur excessive à frapper de nullité un acte, non pour l'omission d'une formalité, mais pour l'omission d'une circonstance indifférente dans l'observation de cette formalité (1) ».]]

ART. III. 1° *Lorsque les personnes dont la Signature est requise, signent réellement, doit-il, et dans quelle partie de l'acte doit-il, en être fait mention ?*

[[2° *De quelle manière cette mention doit-elle être faite ?*]]

I. L'ordonnance de 1735 ne dit rien sur la première question, du moins relativement aux testamens nuncupatifs, et les arrêts l'ont jugée diversement.

Ricard, part. 1, nos 1528 et 1529, en rapporte un du parlement de Paris, du 8 mars 1602, qui adopte la négative : « Et même (ajoute-t-» il) m'étant trouvé, il y a quelque temps, » dans une consultation avec cinq autres » avocats des plus célèbres, où cette question » fut proposée, il fut résolu que cette omis-» sion ne rendait pas le testament nul, et que » la nullité prononcée par l'art. 165 de l'or-» donnance de Blois, en ce qu'elle voulait » que le testament fût signé, et qu'il en fût » fait mention, ne se rapportait qu'au défaut » de Signature ».

Assurément, ni Ricard, ni ses cinq confrères, ni les magistrats qui ont rendu l'arrêt qu'il rapporte, n'avaient bien lu l'art. 165 de l'ordonnance de Blois, de 1579 ; car cet article veut qu'il soit fait mention, non seulement du *défaut de Signature*, dans les cas où le testament n'est pas signé, soit par le testateur, soit par les témoins, mais encore de la Signature elle-même, dans le cas où le testateur et les témoins ont réellement signé. « Tous notaires » ou tabellions, tant royaux qu'autres (por-» te-t-il), soit en pays coutumier ou de » droit écrit, seront tenus faire signer, aux » parties et aux témoins instrumentaires, s'ils » savent signer, tous contracts et actes, soit » testamens ou autres qu'ils recevront, *dont* » *ils feront mention*, tant en la minute que » grosse qu'ils en délivreront, *à peine de nul-*» *lité* desdits contrats, testamens ou actes, et » d'amende arbitraire : et en cas que les par-» ties ou témoins ne sauront signer, lesdits » notaires ou tabellions feront mention de la » réquisition par eux faite auxdites parties et » témoins de signer, et de leur réponse ; le » tout, nonobstant toutes lettres de déclara-» tion que lesdits notaires pourraient avoir » obtenues au contraire, lesquelles nous avons » cassées et révoquées, encore qu'elles aient » été vérifiées en nos cours de parlement ».

Aussi le contraire a-t-il été jugé depuis, dans l'espèce d'un testament reçu par un notaire de Saint-Germain-en-Laye et deux témoins. Ceux-ci avaient réellement signé ; mais parcequ'il n'était pas fait mention de leur Signature dans le corps du testament, il fut déclaré nul, par arrêt rendu en forme de réglement, le 9 mars 1730, au rapport de M. l'abbé Lorenchet.

Le parlement de Dijon a jugé de même par arrêt du 1er avril 1735. Il s'agissait d'un testament fait par une femme au profit de son mari. L'institué avait paru dans l'acte pour autoriser la testatrice, conformément à la coutume de Bourgogne ; mais il n'y était pas exprimé qu'il l'eût signé ; et quoique sa Signature se trouvât à la fin, l'acte ne laissa point d'être déclaré nul. Par le même arrêt, le notaire fut condamné à 10 livres d'amende, avec injonction « de se conformer à l'ordonnance, et en » conséquence de faire mention, dans les actes » qu'il recevrait à l'avenir, de la Signature de » toutes les parties qui les souscriraient (1) ».

Est-il vrai, comme je l'ai vu soutenir, que,

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 11, pag. 419.

(1) *Supplément aux notes sur le Schlaaste de Perrier, tome* 1, *page* 15.

depuis l'ordonnance de 1735, le système adopté par l'arrêt de 1652, ait repris le dessus?

On dit d'abord qu'un arrêt du parlement de Paris, rendu au rapport de M. Pasquier, a confirmé un testament fait dans la coutume d'Auvergne, et qui se trouvait signé des témoins, sans mention de leur Signature dans le corps de l'acte. Mais quel fond pouvons-nous faire sur un arrêt dont on ne connaît ni l'espèce ni la date?

On se prévaut ensuite d'un arrêt rendu au parlement de Dijon, dans l'espèce suivante.

Marc Mugnier, notaire à Verjux, disposa de ses biens au profit de Jean-Benoît Mugnier, son neveu, par une donation à cause de mort, du 26 août 1776. Après le décès du testateur, Jean-Benoît Mugnier fit signifier le testament aux héritiers du sang, le 3 octobre suivant, avec assignation devant le châtelain du lieu, pour en voir prononcer l'homologation. Ceux-ci comparurent le 7 du même mois et déclarèrent consentir à ce que l'acte fût homologué, ce qui fut fait sur-le-champ. Depuis, ces héritiers, mineurs pour la plupart, ont pris des lettres de rescision contre leur consentement, et ont interjeté appel de la sentence d'homologation. La cause portée à l'audience de la grand'chambre, M. Saverot, leur défenseur, disait que le testament était nul, parce qu'il ne faisait aucune mention de la Signature de celui qui l'avait reçu; que, dans cet acte, le notaire, qui en était la partie essentielle, faisait bien mention de la Signature des témoins, mais qu'il ne parlait point de la sienne. M. Millot, avocat du sieur Mugnier, répondait que nos coutumes et nos ordonnances avaient prescrit des formalités dont l'observation était essentielle, sans qu'il fût besoin d'en faire aucune mention: par exemple, il est d'une nécesssité indispensable, suivant l'art. 6 de l'ordonnance de 1735, et la déclaration du roi du 6 mars 1751, que le testament soit écrit de la main du notaire, à peine de nullité; cependant les notaires n'en font jamais mention; ils ne disent jamais qu'ils ont écrit le testament; c'est assez qu'ils le fassent. M. Millot a cité les art. 7, 8, 9, 10, 23, 28, 34 et 43 de l'ordonnance. « Aucune de ces dispositions, a-t-il ajouté, n'exige qu'il soit fait mention que le notaire et les témoins, ni même le » testateur, ont signé. *Le testament sera signé* » *par le testateur, ensemble par le notaire ou* » *tabellion, et par les autres témoins*: voilà la » loi; elle a été accomplie à la lettre et dans » toute son étendue, au testament de Marc » Mugnier, puisqu'il est revêtu de sa Signature, » de celles du notaire et des deux témoins qui » l'ont attesté ». Sur ces raisons, arrêt du 25 juin 1778, qui met l'appellation au néant, et ordonne l'exécution du testament.

Mais cet arrêt, pour prononcer comme il l'a fait, a-t-il dû juger que l'ordonnance de 1735 abroge l'art. 165 de l'ordonnance de Blois? Non, il a seulement dû juger que la disposition de l'art. 165 de l'ordonnance de Blois, qui prescrit, à peine de nullité, la mention des Signatures du testateur et des témoins, ne peut pas être étendue à la signature du notaire.

Eh! Comment aurait-on pu juger que l'ordonnance de 1579 ne fait plus loi? Ce texte, comme on l'a vu plus haut, art. 2, n'est pas abrogé par l'ordonnance de 1735, quant à la disposition par laquelle il prescrit, et la mention de la cause qui a empêché le testateur de signer, et la mention de la déclaration que le testateur a faite de cette cause, et la mention de l'interpellation du notaire qui a précédé cette déclaration. Le moyen, après cela, de soutenir que l'ordonnance de 1735 l'ait abrogé, quant à la disposition par laquelle il ordonne la mention expresse des Signatures du testateur et des témoins, *à peine de nullité!*

[[C'est ainsi qu'a raisonné depuis la cour royale de Caen dans une affaire où la question se présentait devant elle au sujet d'un testament fait par le sieur Delahaye Delalande, le 21 prairial an 8, et conséquemment sous l'empire de l'ordonnance de 1735, et qui était ainsi terminé: « telles sont les intentions » du testateur auxquelles il a déclaré persis» ter, *lecture faite*, dont acte fait et passé à » Argentan, en la demeure du testateur trouvé » agissant, se promenant et en parfaite santé » et dans son état d'intelligence, l'an 8 de la » république, le 21 prairial, en présence des » cit. François-Louis Roger et Claude-Fran» çois Corceron, tous deux majeurs, demeu» rant à Argentan, et ont signé la minute des » présentes, lecture faite ».

Ce testament était attaqué par le fils du défunt, sur le double fondement qu'il énonçait bien que la lecture en avait été faite, mais non pas qu'elle l'avait été au testateur, et qu'il ne mentionnait pas expressément que le testateur l'avait signé, quoique, dans le fait, il fût revêtu de sa signature.

Par arrêt du 11 août 1818, confirmatif d'un jugement du tribunal de première instance d'Argentan, la cour royale de Caen a effectivement déclaré le testament nul, « attendu » (a-t-elle dit sur le second moyen) que la » mention de la signature du testateur, voulue par les art. 84 de l'ordonnance d'Or» léans et 165 de celle de Blois, ne se trouve » pas suffisamment exprimée dans le testament

» du sieur Delahaye-Delalande, par les mots » *et ont signé*, qui suivent immédiatement » l'énonciation de la présence des témoins aux- » quels seuls ils semblent se rapporter d'après » le sens naturel et grammatical de la phra- » se (1) ».

Mais cet arrêt a été dénoncé à la cour de cassation; et il a été cassé, le 15 décembre 1819,

« Vu l'art. 23 de l'ordonnance de 1735... ;

» Attendu que cette loi ayant eu pour objet spécial de régler la forme et les solennités des testamens et autres actes de dernière volonté, ainsi que son préambule l'énonce expressément, et son article dernier abrogeant au surplus toutes ordonnances, lois et usages contraires, c'est d'après les dispositions de cette ordonnance que doit être appréciée la forme des testamens faits sous son empire; et qu'ainsi, le testament du sieur Delahaye ayant pour date certaine le 21 prairial an 8, c'est aux seules dispositions de ladite ordonnance qu'il faut s'attacher pour décider si cet acte présente, ou non, l'observation rigoureuse des formalités légales.... ;

» Attendu, *sur le défaut prétendu de mention expresse de la signature du testateur*, que l'ordonnance de 1735 n'exige pas cette mention dans le cas où cette signature a eu lieu, mais exige seulement, dans le cas où cette signature n'existe pas, que la cause de ce défaut de signature soit expressément mentionnée, et qu'il est reconnu, dans l'espèce, que le testament est revêtu de la signature du testateur;

» Attendu qu'il suit de ce que dessus, qu'en annulant...., sur le défaut de mention expresse de la signature du testateur, le testament du sieur Delahaye, du 21 prairial an 8, l'arrêt dénoncé a donné à l'ordonnance de 1735 une extension arbitraire, et violé, par suite, les lois qui assurent d'une manière si impérative l'exécution des actes de dernière volonté (2) ».

Je voudrais bien pouvoir, en rétractant l'opinion que j'avais professée ci-dessus, en 1784, rendre à cet arrêt l'hommage auquel me porte naturellement le respect que je dois aux décisions de la cour suprême; mais ma conviction intime s'y oppose, et je ne puis me dispenser de donner ici un nouveau développement à mes raisons.

De ce que l'ordonnance de 1735 avait *pour objet spécial de régler la forme et les solennités des testamens et autres actes de dernière volonté, ainsi que son préambule l'énonçait expressément*, il s'ensuit bien, comme le dit l'arrêt dont il s'agit, que *c'est d'après les dispositions de cette ordonnance que doit être appréciée la forme des testamens faits sous son empire;* mais conclure de là que c'est UNIQUEMENT *d'après ces dispositions* que l'on doit juger si un testament fait sous son empire, pardevant notaire, est ou non régulier, et que l'on doit, à cet égard, faire complétement abstraction des lois antérieures qui réglaient la forme des actes notariés, c'est oublier le principe si connu et si souvent proclamé par la cour de cassation, que les lois spéciales sont toujours censées se référer aux lois générales qui les ont précédées, et que l'on doit toujours sous-entendre dans celles-là, à moins qu'elles ne les excluent formellement par leur propre texte, les dispositions qui se trouvent de plus dans celles-ci (1).

Que ferait la cour de cassation d'un arrêt qui lui serait dénoncé pour avoir jugé qu'attendu que le chap. 5 du titre *des donations et testamens* du Code civil, *a pour objet spécial de régler la forme et les solennités des testamens, c'est d'après ses* SEULES *dispositions que doit être appréciée la forme des testamens qui se font aujourd'hui pardevant notaire*, on doit tenir pour valable un testament revêtu de toutes les formalités qui sont prescrites dans ce chapitre, quoique dénué de l'une de celles que la loi antérieure du 25 ventôse an 11 exige à peine de nullité dans les actes notariés en général? Bien sûrement elle annullerait un pareil arrêt, et elle ne ferait en cela que se conformer à sa propre jurisprudence (2).

Or, l'art. 165 de l'ordonnance de Blois était aux testamens faits devant notaire sous l'ordonnance de 1735, ce qu'est la loi du 25 ventôse an 11 aux testamens faits devant notaire sous le Code civil. L'un était la loi générale des actes notariés, comme l'autre l'est aujourd'hui. On devait donc, sous l'ordonnance de 1735, raisonner par rapport à l'un, comme l'on raisonne aujourd'hui par rapport à l'autre; et de même qu'aujourd'hui un testament notarié auquel manque l'une des formalités prescrites, à peine de nullité, par la loi du 25 ventôse an 11, ne pourrait valoir qu'autant que le code civil se relâcherait de cette formalité pour les testamens, de même aussi fau-

(1) On peut voir dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Testament*, §. 10, comment cette cour s'est expliquée sur le premier moyen.

(2) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 21, page 1260.

(1) *V.* les articles *Loi*, §. 11, n° 4, et *Testament* sect. 3, art. 2, n° 8.

(2) V. l'article *Testament*, *Ibid.*

drait-il, pour valider un testament fait devant notaire sous l'ordonnance de 1735, et auquel manquerait l'une des formalités prescrites, à peine de nullité, par l'art. 165 de l'ordonnance de Blois, que l'ordonnance de 1735 eût déclaré que cette formalité ne serait pas nécessaire dans les testamens notariés.

Il ne s'agit donc plus que de savoir si l'ordonnance de 1735 dérogeait à la disposition de l'art. 165 de l'ordonnance de Blois, qui voulait que *tous contrats et actes, soit testamens ou autres*, reçus par des notaires, continssent la mention de la signature des parties et des témoins.

Y dérogeait-elle par cela seul qu'elle disait art. 5 et 23, que le testament serait *signé par le testateur et les témoins* et qu'*en cas que le testateur* déclarât *qu'il ne savait ou ne pouvait signer, il en* serait *fait mention*? C'est demander en d'autres termes si l'art. 973 du Code civil dispense de la *mention de la signature du testateur*, prescrite à peine de nullité par les art. 14 et 68 de la loi du 25 ventôse an 11, par cela seul qu'il se borne à dire, sous la peine de nullité écrite dans l'art. 1001, *que le testament doit être signé par le testateur* et que, s'il *déclare qu'il ne sait ou ne peut signer*, il sera fait mention de sa déclaration; ce assurément, il n'est personne qui osât soutenir l'affirmative.

Y dérogeait-elle par l'abrogation que prononçait *son dernier article*, comme le dit l'arrêt de la cour de cassation, de *toutes ordonnances, lois et usages* DIFFÉRENTS OU CONTRAIRES?

Elle y aurait certainement dérogé, si celle de ses dispositions qui prescrivait simplement la signature du testateur, sans ajouter qu'il en serait fait mention, était *contraire* à celle de l'art. 165 de l'ordonnance de Blois, qui voulait, à peine de nullité, non-seulement que les actes notariés, *soit testamens ou autres*, fussent signés par les parties et les témoins, mais encore qu'il y fût fait mention de la signature des uns et des autres; ou si sans y être directement contraire, elle en eût été *différente*. Mais certes elle ne contrariait pas plus en cela l'art. 165 de l'ordonnance de Blois, et elle n'en différait pas davantage, que l'art. 973 du Code civil ne contrarie les art. 14 et 68 de la loi du 25 ventôse an 11, ou n'en diffère.

Du reste, même en laissant de côté ce rapprochement, qui pourtant est évidemment sans réplique, il est aisé de sentir qu'il n'y a rien dans les art. 5 et 23 de l'ordonnance de 1735 qui soit *différent* de la disposition citée de l'art. 165 de l'ordonnance de Blois, ou qui la *contrarie*.

Que faudrait-il pour qu'ils fussent *contraires* à cette disposition? Il faudrait qu'ils déclarassent formellement qu'il ne sera plus désormais nécessaire de faire mention de la signature du testateur; et c'est ce qu'il ne font pas.

Que faudrait-il pour qu'ils pussent être considérés comme *différens* de cette disposition? Il faudrait que la formalité de la signature du testateur qu'ils prescrivent, fût *incompatible* avec celle de la mention de cette signature, ou qu'elle en fût *exclusive*; et elle n'est certainement ni l'un ni l'autre.

Donc les art. 5 et 23 de l'ordonnance de 1735 ne dérogent pas, en ce qui concerne la nécessité de la mention de la signature du testateur et des témoins, à la disposition de l'art. 165 de l'ordonnance de Blois.

Donc cette disposition, bien loin d'être abrogée par le dernier article de l'ordonnance de 1735, est, au contraire, maintenue par l'art. 47 de la même loi qui, après avoir dit que « toutes les dispositions de la présente ordon» nance qui concernent ladate et *la* FORME » des testamens, codiciles ou autres actes de » dernière volonté, seront exécutées à peine » de nullité », ajoute: *sans préjudice des autres moyens tirés des lois ou des coutumes.*

Si, d'après un texte aussi clair, aussi positif, il était encore possible de n'être pas intimement convaincu que l'ordonnance de 1735 ne regardait pas comme *différentes* de ses dispositions et n'abrogeait pas comme telles, celles des lois antérieures qui, en prescrivant les mêmes formalités qu'elle, y ajoutaient d'autres formalités qu'elle ne prescrivait pas elle-même, il n'y aurait qu'à se reporter aux règles qu'elles contiennent tant sur les testamens olographes que sur les testamens mystiques; les comparer avec les dispositions que renfermaient sur les uns et les autres, les coutumes de Bayonne et de Bourgogne, et se rappeler ce que devinrent celles-ci après sa publication.

Après avoir dit, art. 19, que l'usage des testamens olographes continuerait d'avoir lieu dans les pays et dans les cas où ils avaient été admis jusqu'alors, l'ordonnance de 1735 ajoutait, art. 20: « les testamens..... men» tionnés dans l'article précédent, seront en» tièrement écrits, datés et signés de la main » de celui qui les aura faits »; et elle n'exigeait rien de plus pour leur validité.

Quant aux testamens mystiques, elle en maintenait l'usage, art. 4, non-seulement dans les *pays de droit écrit*, mais encore dans

les *autres où cette forme de tester était autorisée par les coutumes ou statuts.* Elle permettait, art. 9, à celui qui voulait tester dans cette forme, de *faire écrire* son testament *par un autre.* Elle voulait, par le même article, que l'acte de suscription de tout testament mystique fût dressé en présence de *sept témoins, y compris le notaire;* mais elle déclarait, art. 13, que par cette dernière disposition, elle n'entendait pas déroger *aux statuts ou coutumes qui exigeaient un nombre de témoins moindre que celui porté à l'art.* 9.

D'un autre côté, les coutumes de Bayonne, art. 4 et 5, et de Bourgogne, tit. 7, art. 8 et 9, admettaient, comme équipollent à un testament solennel, celui qui était écrit, daté et signé de la main du testateur; mais elles exigeaient, pour cela, qu'il fût présenté par le testateur lui-même à un notaire et *deux témoins*, et revêtu d'un acte de suscription. Ce n'était là, comme on le voit, ni un testament tout à fait olographe, puisqu'il ne suffisait pas, pour sa validité, que le testateur l'eût écrit, daté et signé de sa main, ni un testament tout à fait mystique, puisque, s'il en eût complètement la caractère, il aurait pu être écrit d'une autre main que celle du testateur; mais c'était, comme l'a dit la cour de cassation, dans un arrêt du 28 messidor an 11, *un testament mixte, et tenant également de la nature du testament mystique et du testament olographe* (1).

Quelle a été, sur cette espèce de testament, l'influence des dispositions de l'ordonnance de 1735, concernant les testamens olographes et les testamens mystiques?

Les testamens olographes furent-ils, dès-lors, affranchis, dans les coutumes de Bayonne et de Bourgogne, des formalités propres aux testamens mystiques dont elles voulaient qu'ils fussent revêtus. L'arrêt cité de la cour de cassation, du 28 thermidor an 11, a jugé que non, *attendu*, a-t-il dit, *que la coutume de Bayonne*, sous laquelle avait été fait le testament dont il s'agissait, *était un statut local et que l'ordonnance de* 1735 *n'a nullement dérogé, quant à ce, aux statuts locaux;* et en effet, les art. 4 et 5 de la coutume de Bayonne *ajoutaient* bien aux formalités prescrites par l'art. 20 de l'ordonnance de 1735, pour la validité des testamens olographes, mais ils n'étaient pas pour cela *différens* de cet article; ils n'en auraient différé qu'autant que cet article eût ajouté à sa disposition, comme l'a fait depuis l'art. 970 du Code civil, que le testament *écrit, daté et signé de la main du testateur, ne serait assujéti à aucune autre forme.*

Fut-il du moins permis, dans ces coutumes, d'après l'art. 9 de l'ordonnance de 1735, de tester dans la forme mystique, sans écrire soi-même ses dispositions de dernière volonté? Pas davantage; et c'est ce qui résulte de la lettre de M. le chancelier d'Aguesseau au parlement de Dijon, du 29 juillet 1736(1); pourquoi? Parceque ces coutumes, en exigeant que les testamens mystiques fussent écrits en entier de la main des testateurs, n'avaient fait qu'*ajouter* d'avance aux formalités prescrites depuis par l'ordonnance de 1735, et qu'elles n'avaient admis les testamens mystiques que sous cette condition.

Veut-on une autre preuve et une preuve encore plus frappante par son extrême analogie avec la question actuelle, que l'ordonnance de 1735 n'a pas abrogé, comme *différentes* de ses dispositions, celles des lois antérieures qui *ajoutaient* aux formalités qu'elle prescrivait? On la trouvera dans tout ce qui est dit ci-dessus, art. 2, n° 7, sur l'obligation qu'imposait aux notaires l'art. 165 de l'ordonnance de Blois, de mentionner dans tous leurs actes, et notamment dans ceux de dernière volonté, l'*interpellation* qu'ils auraient faite aux parties, ne sachant ou ne pouvant pas signer, de déclarer si elles savaient ou pouvaient le faire.

On a vu au n° qui vient d'être cité, jusqu'à quel point s'étaient égarés les parlemens d'Aix et de Toulouse, le premier, en jugeant constamment, le second en jugeant par quelques arrêts dont il avait ensuite reconnu l'illégalité, que l'art. 165 de l'ordonnance de Blois avait été abrogé par celle de 1735: ils allaient jusqu'à déclarer valables des testamens non signés des testateurs, dans lesquels, sans mention que ceux-ci avaient déclaré ne savoir ou ne pouvoir pas signer, il était simplement énoncé qu'ils n'avaient pu signer par une cause quelconque dont les notaires étaient les seuls certificateurs; et il faut convenir qu'en admettant la base dont ils partaient, il raisonnaient fort conséquemment. L'ordonnance de 1755 (disaient-ils) n'exige point que le testateur qui ne sait ou ne peut point signer, le déclare lui même; elle dit seulement qu'*en cas que le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut pas signer, il en sera fait mention;* elle ne l'ordonne donc que conditionnellement. Sa disposition est donc sans objet, lorsque le testateur ne fait aucune déclaration.

(1) Voyez mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Testament*, §. 5.

(1) *Ibid.*

été dressée et écrite par un notaire, et contenait la déclaration du testateur, que le paquet qu'il déposait, était son testament ; mais le notaire avait oublié de faire mention de la déclaration qu'il était signé du testateur. Sur le défaut de cette mention, il a été argué de nullité. Les juges de Mâcon l'ont effectivement déclaré nul ; et sur l'appel, le parlement de Paris, par arrêt du 30 août 1783, conforme aux conclusions de M. l'avocat-général d'Aguesseau, a mis l'appellation au néant, avec amende et dépens.

[[V. Dans les testamens et dans les contrats reçus par des notaires, est-il nécessaire, à peine de nullité, que ces officiers fassent mention de leurs propres signatures ?

On a déjà vu, n° 2, que l'ordonnance de Blois ne l'exigeait pas, et qu'elle se contentait de la mention des signatures des parties et des témoins.

L'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11 semble au contraire attacher la peine de nullité au défaut de mention des Signatures des notaires, comme au défaut de mention des Signatures des témoins et des parties ; et c'est ce que j'ai supposé dans le réquisitoire du 20 juillet 1809, rapporté au mot *Testament*, sect. 2, §. 3, art. 2, n° 8.

Mais depuis, la question a été portée au Conseil-d'État, et il y est intervenu, le 16 juin 1810, un avis qui l'a résolue dans le sens opposé.

Cet avis, que le chef du gouvernement a revêtu de son approbation, le 20 du même mois, est ainsi conçu :

« Le Conseil-d'État, qui a entendu le rapport de la section de législation sur celui du grand-juge ministre de la justice, relatif à la question de savoir si la peine de nullité prononcée par les art. 14 et 68 de la loi du 25 ventôse an 11, doit être appliquée au défaut de mention de la Signature des notaires à la fin des actes par eux reçus ;

» Vu la loi du 25 ventôse an 11 ;

» Vu l'arrêté du 15 prairial de la même année, inséré au bulletin des lois, et qui détermine la forme des grosses des actes passés devant notaires.

» Considérant que, si les expressions qui terminent le premier paragraphe de l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11, ont donné lieu d'élever la question de savoir si la nullité prononcée par l'art. 68, s'étendait même au défaut de mention, à la fin de l'acte, de la Signature des notaires, cette question ne peut être que négativement résolue d'après l'esprit de la loi et des réglemens qui l'ont immédiatement suivie ; qu'en effet, l'arrêté du 15 prairial an 11, donnant une formule pour la rédaction des actes, et y rappelant les mentions nécessaires, n'y comprend point celle de la Signature même des notaires : qu'ainsi, la loi a déjà été expliquée presqu'au moment où elle venait de paraître ; que toute interprétation contraire, outre qu'elle serait excessivement rigoureuse, serait sans aucune utilité pour la société, et lui deviendrait même nuisible par l'application d'une nullité inusitée dans tous les temps ; que si cette nullité a un *but utile*, en tant qu'elle s'applique au défaut de mention des Signatures des parties ou des témoins, qui n'ont pas un caractère authentique, cette raison cesse à l'égard des notaires eux-mêmes, dont la Signature est publique et devient la certification des autres ;

» Est d'avis que la peine de nullité prononcée par l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an 11, ne doit être appliquée qu'au défaut de mention de la Signature, soit des parties, soit des témoins, et ne doit pas être appliquée au défaut de la mention de la Signature des notaires qui ont reçu l'acte ».

On voit que cet avis ne fait aucune distinction, pour le cas où il intervient deux notaires dans un acte, entre le notaire à qui reste la minute, et le notaire en second ; et dès-là, il est clair que la mention de la signature de celui ci n'est pas plus nécessaire que la mention de la signature de celui-là.

Voici néanmoins une espèce dans laquelle une cour d'appel en avait jugé autrement.

Par acte du 20 prairial an 11, reçu par Me. Bertrand et son collègue, notaires à Nantes, le sieur Tranchévaut reconnaît devoir aux sieurs Tollemase et compagnie, négocians, une somme de 12,000 francs.

L'acte débute ainsi : *devant les notaires publics du département de la Loire-Inférieure, à la résidence de Nantes*, SOUSSIGNÉS, *est comparu....* et il est clos en ces termes : *Fait et passé à Nantes, en l'étude de Bertrand, sous les seings des comparans, lesdits jour et an, après lecture faite. La minute, duement signée, est restée audit Bertrand, l'un des notaires* SOUSSIGNÉS.

A défaut de paiement de leurs créances, les sieurs Tollemase et compagnie poursuivent l'expropriation forcée des biens de leur débiteur.

Celui-ci attaque le titre même de leurs poursuites, et soutient, d'après les art. 14 et 68 de la loi du 25 ventôse an 11, qu'à défaut de mention expresse, *à la fin de l'acte* du 20 prairial suivant, des Signatures des deux notaires, cet acte est nul comme acte public et ne vaut que comme reconnaissance sous seing-privé.

Le 3 mai 1806, jugement du tribunal de première instance de Nantes, qui rejette la récla-

mation du sieur Tranchevaut, et ordonne la continuation des poursuites.

Le sieur Tranchevaut appelle de ce jugement; et le 15 avril 1808, arrêt de la cour de Rennes, qui, attendu qu'à la verité, l'acte du 20 prairial an 11 contient, dans sa clôture, une mention suffisante de la Signature du notaire Bertrand, mais qu'il n'y énonce pas celle du second notaire, déclare que cet acte ne peut valoir que comme obligation sous seing-privé, et, en conséquence annulle les poursuites des sieurs Tollemase et compagnie.

Mais les sieurs Tollemase et compagnie se pourvoient en cassation; et, par arrêt du 11 mars 1812,

« Vu l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11, et l'art. 68 de la même loi sur l'organisation du notariat;

» Vu aussi l'arrêté des consuls du 25 prairial an 11;

» Attendu que la disposition de l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11 ne s'applique rigoureusement qu'au défaut de mention des Signatures des parties ou des témoins, Signatures qui n'ont pas par elles mêmes un caractère authentique, et non à celles des notaires qui ont cette authenticité;

» Attendu que cette distinction a été formellement reconnue et consacrée par un avis du conseil d'état donné sur cette question, le 16 juin 1810, et approuvé le 20 du même mois, d'après l'induction naturelle tirée de l'arrêté du 15 prairial an 11, lequel, en déterminant la forme des grosses des actes passés devant notaires et y ruppelant toutes les mentions nécessaires, n'y comprend pas celle de la Signature même des notaires;

» Attendu qu'en admettant même la nécessité de cette mention, elle ne s'appliquerait évidemment qu'à la Signature du notaire qui reçoit l'acte et en garde la minute; et non à celle du notaire qui signe l'acte en second, en exécution et dans le cas de l'art. 9 de la loi susénoncée;

» Attendu enfin, même le défaut d'énonciation dans l'acte, de la Signature du notaire qui le reçoit, n'est puni que d'une amende de 100 francs contre le notaire contrevenant, aux termes de l'art. 12 de ladite loi;

» Qu'ainsi, dans aucun cas, le défaut de mention dont il s'agit n'emporte peine de nullité;

» Qu'il suit de là qu'en annulant, sous le prétexte du défaut de mention de la Signature du notaire en second, l'acte du 20 prairial an 11, lequel était non-seulement revêtu de la Signature de deux notaires, selon le vœu de la loi, mais contenait en outre la mention expresse de la Signature du notaire Bertrand, celui desdits notaires qui a reçu l'acte et qui en a gardé la minute (1), l'arrêt attaqué a fait une fausse application de la loi du 25 ventôse an 11;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle....».]]

VI. Quant à la manière dont la mention des Signatures des testateurs et des témoins doit être faite dans les testamens, tout ce qu'on peut dire de plus général, c'est que la loi n'assujetit cette mention à aucune forme particulière.

Mais faut-il qu'elle soit présentée dans l'acte comme émanant du notaire personnellement, et n'y aurait-il pas nullité, si elle était placée dans la bouche du testateur et des témoins?

L'affirmative résulte clairement de la règle établie au mot *Testament*, sect. 2, §. 2. art. 6.

Voici pourtant un arrêt de la cour de cassation qui a jugé le contraire.

Le 2 décembre 1807, Louise-Désirée Delaforge fait, devant un notaire et quatre témoins, un testament à la fin duquel il est dit que les témoins l'ont entendu dicter et vu écrire; qu'il en a été donné lecture au testateur en leur présence et que le notaire *ayant interpellé lesdits quatre témoins et le testateur de signer ledit testament, ils ont tous déclaré le faire.*

Après la mort de Louise-Dérirée Delaforge, ses héritiers légitimes demandent la nullité du testament, sur le fondement qu'il ne contient pas une mention suffisante de la Signature de la testatrice et de celles des témoins.

Le 11 janvier 1811, jugement du tribunal de première instance de Dinan, qui rejette cette demande.

Mais sur l'appel, arrêt de la cour de Liége, du 18 mai 1812, qui l'accueille, « attendu que » le testament ne contenant point une mention » expressément faite par le notaire des Signatures du testateur et des témoins, se trouve » manquer de la formalité prescrite par l'art. » 14 de la loi du 25 ventôse an 11 ».

L'héritier institué se pourvoit en cassation; et par arrêt du 16 février 1814, au rapport de M. Lamarque,

« Vu les art. 14 et 68 de la loi du 25 ventôse an 11....;

» Attendu que tout ce qu'exige l'art. 14 ci-dessus cité, sous la peine de nullité pronon-

(1) Est-ce que l'acte ne contenait pas aussi, *dans son préambule*, la mention expresse de la signature du notaire en second? Est-ce que cette mention, si elle eût été nécessaire, aurait pu être considérée comme nulle, à l'égard du notaire en second, faute d'avoir été placée à la fin de l'acte? V. ci-après, n° 8.

cée par l'art. 68, c'est que les notaires *fassent mention* de leur Signature, de celle des parties, et de celle des témoins ;

» Que ni l'un ni l'autre de ces articles n'ont prescrit de *formule*, ou de *termes sacramentels* dans lequels doive être exprimée cette mention de signatures ;

» Qu'il suffit donc, pour qu'à cet égard le vœu de la loi soit rempli, que les signatures (réellement apposées) *soient mentionnées* à la fin de l'acte, quelques expressions que le notaire ait employées, la loi n'attachant point la peine de nullité au défaut d'emploi de telle rédaction, mais *à l'omission réelle de la mention* des signatures ;

» Que, dans l'espèce, le notaire, en énonçant qu'il avait *interpellé les témoins et le testateur de signer le testament, et qu'ils avaient tous déclaré le faire, lecture préalablement faite*, a, par cette phrase, (quoique non exprimée dans les termes les plus usités) fait une mention réelle et positive des signatures, et a conséquemment satisfait à la loi ;

» Qu'il y avait d'autant plus de motifs pour considérer cette mention comme suffisamment et légalement énoncée, qu'il était reconnu, en point de fait, que les parties qui soutenaient la nullité du testament, n'avaient jamais contesté ni l'expression régulière de la volonté du testateur, ni la présence des témoins, ni la réalité desdites signatures ;

» Que, lorsque la cour de Liége, en reconnaissant qu'il en avait été fait mention, a jugé *cette mention insuffisante*, elle a prononcé non sur un *fait matériel*, mais sur une *question de droit*, puisqu'elle a déclaré le sens que devait avoir sur ce point l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11 ;

» Qu'en excluant, par l'interprétation qu'elle lui a donnée, tel ou tel mode d'énonciation des signatures, lorsque la loi, uniquement attachée à la substance de l'énonciation, n'en prescrivait ou n'en indiquait aucun, elle a donné à cette loi une extension et créé une nullité qui ne se trouvent point dans ses termes ; qu'elle en a ainsi violé le texte et l'esprit, et en a fait évidemment une fausse application ;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle... ».

Cet arrêt est-il bien conforme à la loi qu'il déclare avoir été violée par la cour d'appel de Liége, et n'aurait-il pas dû, au contraire, casser l'arrêt de celle-ci, dans le cas où elle eût jugé autrement qu'elle ne l'avait fait ?

Que la mention de la signature du testateur et des témoins ne soit assujettie à aucune formule sacramentelle, et que le choix des termes qui doivent l'exprimer, soit abandonné à la discrétion du notaire, cela est tout simple.

Mais en employant, pour exprimer cette mention, tels termes qu'il juge à propos, le notaire n'est-il pas obligé de la présenter comme émanant de lui-même ; et peut-il, sans contrevenir à la loi du 25 ventôse an 11, la placer dans la bouche du testateur et des témoins ?

L'art. 14 de cette loi est là-dessus très-formel. Après avoir dit que les actes notariés seront *signés par les parties et les témoins*, il déclare que *les notaires doivent en faire mention*. C'est donc des notaires personnellement que cette mention doit émaner. La nullité prononcée par l'art. 68, est donc encourue, si ce sont le testateur et les témoins qui sont énoncés comme faisant eux-mêmes cette mention.

Eh ! Comment leur signature serait-elle suffisamment mentionnée par leur déclaration contenue dans l'acte qu'ils signent effectivement ? Cette déclaration prouve bien la disposition où ils se trouvaient au moment où ils l'ont faite, d'apposer leur signature à l'acte ; mais prouve-t elle qu'ils l'ont réellement apposée ? Non certes ; et cependant il faut nécessairement que cela soit constaté par l'acte même ; il le faut, parceque, si l'acte ne la constatait pas par une mention expresse, leur signature se trouverait, comme le fait entendre l'avis du conseil d'état rapporté au n°. précédent, dénuée du caractère d'authenticité qui lui est essentiel : il le faut surtout, parce qu'à défaut de cette mention expresse, rien ne garantirait que leur signature, quoique non contestée par l'héritier *ab intestat*, n'a pas été apposée à l'acte après coup, et postérieurement a la retraite du notaire.

Il y aurait un prétexte bien plus plausible pour juger valable un testament dans lequel la mention de la lecture serait exprimée par une clause ainsi placée dans la bouche du testateur : « telles sont mes dispositions, dans » lesquelles je persiste *après la lecture qui* » *m'en a été faite par le notaire* ». Car il s'agit, dans cette clause, d'un fait personnel au notaire, et l'on pourrait dire que le notaire, tout en plaçant la mention de ce fait dans la bouche du testateur, ne laisse pas de la faire lui-même, puisqu'il la trace par écrit et qu'il en garantit en quelque sorte la vérité. Cependant qu'a pensé le législateur, sous l'ordonnance de 1735, lorsqu'il est venu à sa connaissance que les notaires de Valenciennes se permettaient de faire en ces termes la mention d'une formalité aussi importante ? Par une déclaration du 16 mai 1763, il a hautement condamné cet abus, et le couvrant pour le passé du voile de l'oubli, il a ordonné qu'à l'avenir tout testament dans lequel les notaires

feraient *parler le testateur à la première personne, en ce qui concernait l'accomplissement de la formalité* dont il s'agit, serait annulé sans ménagement.

Et ce que cette loi avait déclaré pour la ville de Valenciennes, la cour de cassation l'a jugé relativement à un testament fait sous l'empire de l'ordonnance de 1735, commune à toutes les parties du royaume, par un arrêt du 12 novembre 1823, motivé sur le texte de l'art. 5. de cette ordonnance qui voulait que la mention de la lecture fut faite *par le notaire* (1).

Est-il concevable, d'après cela, que le notaire puisse aujourd'hui placer valablement dans la bouche du testateur et des témoins, la mention de leurs signatures, c'est-à-dire, d'un fait qui leur est absolument personnel, d'un fait qui lui est tout-à-fait étranger, d'un fait à l'égard duquel son rôle se réduit uniquement à le constater? Est-il concevable que la mention de la *signature* puisse être faite d'après l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11, autrement que ne devrait l'être la mention de la *lecture* d'après l'art. 5 de l'ordonnance de 1735? Et n'est-il pas évident que, par la manière dont elle a jugé en 1823, que celle-ci devait être faite d'après l'ordonnance de 1735, la cour de cassation (trop supérieure aux faiblesses de l'amour propre pour persister dans les erreurs qui peuvent lui échapper, parce qu'elle est composée d'hommes) a implicitement déclaré que l'on ne doit plus, quant à la manière dont celle-là doit être faite, d'après la loi du 25 ventôse an 11, avoir égard à son arrêt de 1814?

Une chose au surplus bien remarquable, c'est que, dans l'intervalle de l'arrêt de cassation de 1814 à celui de rejet de 1823, la cour supérieure de justice de Bruxelles en avait rendu un qui est absolument calqué sur celui de la cour d'appel de Liége que le premier avait cassé. Voici mot pour mot comment il est rapporté dans la *jurisprudence* de cette cour, année 1816, tome 1er., page 248:

« *Un testament est-il nul, si, au bas de l'acte, le notaire n'a pas fait mention de la Signature des témoins.*

» *En cas d'affirmative, la mention que ces témoins* ont déclaré de signer, *satisfait-elle au vœu de la loi.....*

» La première question n'en est plus une depuis l'arrêt de la cour de cassation de France, du 1er octobre 1810, qui a consacré en principe qu'on doit observer dans les testamens les formes établies par la loi sur le notariat, du 25 ventôse an 11, sauf quelques exceptions sur la qualité des témoins.

» Quant à la question de savoir si la mention que *les témoins ont déclaré de signer*, équivaut à celle que les témoins ont réellement signé, voici dans quelles circonstances elle s'est présentée à la cour supérieure.

» Le 11 janvier 1808, testament public de Marie-Josephe Prouveau, terminé comme suit: *fait et passé à Leuze, en l'étude du notaire soussigné, où la testatrice et les témoins se sont expressément rendus ce 11 janvier 1808; et a la testatrice déclaré ne pas signer son présent testament, à cause qu'elle déclare ne savoir écrire, et de ne l'avoir jamais su faire, de ce requise par moi notaire, conformément à la loi;* ET ONT LESDITS TÉMOINS *et notaire,* DÉCLARÉ DE SIGNER, *après lecture faite.* (Suivent les Signatures des témoins et du notaire).

» Ce testament fut attaqué, parcequ'au lieu de faire mention que la testatrice avait déclaré ne savoir *signer*, l'acte portait qu'elle avait déclaré ne savoir *écrire* (1).

» Le tribunal de Tournay écarta ce moyen, et ordonna l'exécution du testament.

» Devant la cour supérieure, l'appelant a fait valoir, outre la nullité reprochée au testament en première instance, un nouveau moyen qui a été couronné de succès. Il est pris du défaut de mention suffisante de la signature des témoins. Dire que les témoins *ont déclaré de signer*, n'était pas, selon l'appelant, exprimer que les témoins avaient réellement signé après cette déclaration.

» L'intimé a répondu que la locution dont s'était servi le notaire dans le testament de la dame Prouveau, était parfaitement équipollente à celle que prescrit la loi; que, dans le style des notaires, *signer* et *déclarer signer* sont synonymes.

» Par arrêt du 5 avril 1816, première chambre, plaidant MM. Joly et Foncez,

» Attendu que cette clause, *et ont les témoins et notaire déclaré de signer après lecture*, renferme bien la mention, de la part du notaire, que les témoins ainsi que lui ont déclaré de signer, mais ne mentionne pas que les témoins après cette déclaration faite, ont réellement signé, ce qui est exigé, à peine de nullité, par les art. 14 et 68 de la du 25 ventôse an 11;

» La cour met le jugement dont est appel au néant; émendant, déclare nul et de nul effet le testament du 11 janvier 1808 ».

VII. La mention de la Signature du testateur résulterait-elle d'une clause du testament

(1) V. l'article *Testament*, sect. 2, §. 2, art. 6.

(1) V. ci-dessus, art. 2, n° 8.

ainsi conçue: *fait et lu audit testateur à haute et intelligible voix, en présence des témoins susdits et soussignés*?

Un arrêt de la cour d'appel de Turin, du 18 novembre 1811, a jugé que non, et a déclaré nul le testament dont il s'agissait,

« Attendu que ce serait tordre le sens naturel de la locution, que de vouloir rattacher le mot *soussignés* au testateur, tandis que ce mot se trouvant lié par la conjonction *et* aux *témoins susdits*, il ne peut naturellement avoir été employé que comme adjoint au substantif *témoins* qui le précède;

» Attendu qu'il est bon de faire encore ici usage d'une considération victorieuse dont on s'est déjà étayé en cas semblables (1): c'est que le mot *soussignés*, dans l'endroit et dans l'ordre dans lequel il est placé, ne pourrait jamais justifier une inscription de faux contre le notaire, lorsqu'on lui reprocherait que le testateur n'a point signé; d'où il suit que la locution *soussignés* ne renferme point une déclaration incontestable de la Signature du testateur (2) »,

M. Toullier, qui avait applaudi à cet arrêt dans sa première édition, tome 5, n° 435, le critique dans la seconde: « il nous semble » aujourd'hui (dit-il) que, d'après les princi» pes définitivement consacrés par la jurispru» dence, cet arrêt ne mérite plus aucune con» sidération, parceque, s'il existe du doute » sur le point de savoir si le mot *soussignés* se » rapporte au testateur, il faut, suivant l'art. » 1157, suivre le sens suivant lequel le testa» ment doit avoir son effet ».

Mais pouvait-on raisonnablement douter, dans l'espèce, que le mot *soussignés* ne se rapportât aux témoins seuls et non pas au testateur? Que l'on pèse les raisons de la cour d'appel de Turin, et que l'on prononce. S'il suffisait au légataire auquel on oppose le défaut de mention d'une formalité essentielle, d'alléguer à tort et à travers que cette mention est faite par équipollence, pour que l'on dût en conclure qu'il y a du doute, quel serait le testament assez vicieux dans la forme pour résister à une demande en nullité?

VIII. Dans quelle partie de l'acte doit être placée la mention de la Signature du testateur et des témoins?

Elle devrait l'être *à la fin de l'acte*, et elle ne pourrait pas, à peine de nullité, l'être ailleurs qu'avant les Signatures elles-mêmes, si l'on s'en tenait strictement au texte littéral de l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11: *il sera fait mention* (y est-il dit) *de la Signature des parties et des témoins à la fin de l'acte*; et l'art. 68 déclare que tout acte fait en contravention à cet article, sera nul.

Mais d'abord, j'ai démontré plus haut, art. 2, n° 11, que les mots *à la fin de l'acte* ne signifient pas précisément que la mention de la Signature des parties doit terminer absolument l'acte même; et que l'objet de l'art. 14, même appliqué dans toute sa rigueur littérale, serait suffisamment rempli par le placement de cette mention dans une partie quelconque de la clôture du testament.

En second lieu, résulte-t-il de cet article, qu'un testament serait nul par cela seul que la mention de la signature du testateur et des témoins, se trouverait, non dans la clôture de l'acte, mais dans le préambule; comme s'il y était dit: *est comparu un tel soussigné, lequel en présence de tels et tels témoins aussi soussignés, a fait et dicté son testament ainsi qu'il suit*?

L'affirmative ne serait pas douteuse, s'il était bien constant qu'en pareil cas, un acte notarié ordinaire dût être annulé; car point de différence, en cette matière, entre un acte ordinaire et un testament.

Cependant M. Toullier, tome 5, n° 434, soutient le contraire. Il admet en cet endroit et il établit formellement, tome 8, n° 92, qu'il y aurait nullité dans un acte ordinaire, si la mention de la signature des parties et des témoins était placée ailleurs *qu'à la fin de l'acte*; mais tout en posant cette base, il n'en prétend pas moins que l'on devrait valider le testament dans lequel la mention de la signature du testateur et des témoins se trouverait placée dans le préambule ou dans le corps des dispositions; et voici comment il raisonne.

L'art. 973 du Code civil déroge au §. 2 de l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11, en tant que celui-ci indique la fin de l'acte comme le lieu où doit, à peine de nullité, être placée la mention de la déclaration faite par les parties qu'elles ne savent ou ne peuvent signer; il veut que cette mention soit écrite *dans l'acte*, et il n'exige rien de plus; il permet donc de la placer, comme l'a très-bien dit la cour de cassation dans son arrêt du 18 août 1807 (rapporté ci-dessus, art. 2, n° 11), où le notaire *juge à propos*. « Or l'art. 14 de la loi citée met » sur la même ligne la mention de la Signa» ture, et la mention de la déclaration de ne » pouvoir signer, qui tient lieu de Signature.

(1) V. Les conclusions du 13 messidor an 13, rapportées à l'article *Testament*, sect. 2, §. 2, n° 4, n° 2.

(2) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 12, part. 2, page 375.

» Il dit que l'une et l'autre mention doivent » être *à la fin de l'acte*. Comment donc croire » que le Code ait dérogé à cet article, quant à » la mention de la déclaration de ne savoir » signer, et non quant à la mention de la Sig» nature ? Cette distinction subtile paraît dé» raisonnable et sans objet ».

Je suis au fond de l'avis de M. Toullier, mais je ne saurais admettre, ni l'hypothèse de laquelle il part relativement au sens de l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11, ni la raison sur laquelle il se fonde pour éluder cet article entendu à sa manière.

C'est un principe sacré que la dérogation apportée par une loi nouvelle à une loi précédente, doit être limitée au cas précis qu'elle a pour objet, et qu'il n'est pas permis au juge de l'étendre à quelqu'autre cas que ce soit, quand même le motif qui l'a dictée au législateur, s'y appliquerait avec une identité parfaite, ou même *à fortiori* (1).

Si donc il était vrai que ce fût par dérogation à l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11, que l'art. 973 du Code civil permet de placer dans quelque partie du testament que ce soit, la mention de la déclaration faite par le testateur qu'il ne sait ou ne peut signer, on aurait beau dire que le motif déterminant de cette dérogation s'applique également à la mention de la Signature, quand le testateur signe effectivement : il n'en demeurerait pas moins constant que le placement de cette dernière mention resterait soumis à toute la rigueur de la règle établie par le premier de ces articles, parceque le législateur ne l'y aurait pas soustrait, comme il y a soustrait le placement de la mention de la déclaration de ne savoir ou ne pouvoir signer. Qu'importerait d'ailleurs qu'il eût fait, par là, une distinction *déraisonnable et sans objet*? Ce n'est pas à nous de juger la loi : raisonnable ou non, notre devoir est de nous conformer à son texte.

Mais de ce que l'art. 973 du Code civil, entendu comme dérogeant, pour le placement et la mention de la déclaration de ne savoir ou ne pouvoir signer, à l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11, serait souverainement déraisonnable en ce qu'il n'étendrait pas cette disposition jusqu'au placement de la mention de la Signature, il y a une autre conséquence à tirer que celle qu'en tire M. Toullier : c'est que le premier de ces articles doit être considéré, non comme dérogeant au second, mais comme l'interprétant, comme déclarant que la peine qu'il prononce par sa relation à l'art. 68, ne porte que sur le cas où les mentions qu'il prescrit, seraient omises, et qu'elle ne porte pas sur celui où ces mentions seraient placées ailleurs qu'à la fin de l'acte. Tel est effectivement le sens dans lequel trois arrêts ont formellement jugé que doit être entendue la loi du 25 ventôse an 11.

Le premier a été rendu par la cour d'appel de Turin, au sujet d'une donation entre-vifs, du 3 février 1806, dans laquelle les signatures des parties étaient relatées au commencement de l'acte, et qui était attaquée, sous le prétexte que la mention de cette Signature aurait dû être placée à la fin. Le premier juge avait déclaré la donation nulle ; mais sur l'appel, et par arrêt du 25 février 1810, la cour l'a déclaré valable, « Attendu qu'il est sensible que » les paroles, *à la fin de l'acte*, qu'on lit à » l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11, doi» vent être considérées comme simplement » indicatives du siége le plus convenable et le » plus naturel pour placer la mention ordon» née ; et non comme prescrivant une nou» velle formalité distincte et particulière, » dont l'omission doive, ainsi que celle de la » mention *elle*-même, emporter la nullité de » l'acte, prononcée par l'art. 68 de la même » loi (1) ».

Le second arrêt est de la cour royale de Poitiers.

Il s'agissait d'une donation entre-vifs que le sieur de Mahé avait faite à sa future épouse, par contrat de mariage du 29 octobre 1812. Voici comment l'acte était rédigé: « Parde» vant Marie Louis Graffard.... et devant les » témoins ci-après nommés, qualifiés et *sous» signés*, fut présent..... (suit le corps de l'ac» te)....., fait et passé auxdits Herbiers, mai» son desdits sieur et dame Martin, les jour, » mois et an que dessus, en présence des sieurs » Joseph Baizé, marchand taillandier, et » Charles Gilbert, marchand, demeurant, » les deux séparément, auxdits Herbiers, té» moins appelés au présent acte, lu, et ont, » *lesdits sieurs* et dame *comparans*, signé la » minute des présentes, avec nous dit notaire » soussigné ».

Cette donation est attaquée par le même moyen que l'avait été, dans l'espèce précédente, une disposition du même genre. On prétendait qu'elle était nulle et qu'elle devait être déclarée telle, parce que la mention de la Signature des témoins se trouvait, non à la fin de l'acte, mais au commencement.

L'ayant cause de la donataire répondait

(1) V. l'article *Loi*, §. 11, n 2.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 19, part. 2, page 61.

qu'en fait la *signature* des témoins était implicitement mentionnée à la fin de l'acte, en ce que les mots en *présence des sieurs Baizé et Gilbert, appelés au présent acte*, se référaient nécessairement aux mots *devant les témoins ci-après* ET SOUSSIGNÉS; et qu'en droit, il était indifférent que la mention de leur Signature se trouvât au commencement ou à la fin de l'acte.

Et le 20 mars 1821, arrêt qui le juge ainsi, « Attendu qu'on ne peut point admettre que la loi, toujours sage, ait prescrit, et surtout à peine de nullité, une formalité qui évidemment serait sans aucune utilité réelle;

» Attendu que, si on admettait que la loi du 25 ventôse an 11, par ses art. 14 et 68 *combinés*, a, non-seulement prescrit, à peine de nullité, que les notaires feraient mention dans leurs actes de la Signature des témoins qui y ont été appelés, mais encore qu'elle a voulu, également à peine de nullité, que cette mention fût faite à la fin de l'acte, ce qu'elle prescrit à cet égard n'aurait évidemment aucun objet d'utilité réelle, puisque, soit que cette mention soit faite au commencement ou à la fin de l'acte, elle précède toujours l'apposition réelle de ces mêmes Signatures, et que les inconvéniens que l'on pourrait supposer dans un cas, pourraient également avoir lieu dans l'autre;

» Attendu que les énonciations faites dans les actes, d'une formalité, avant qu'elle ait été remplie, ne reçoivent leur sanction que de la Signature du notaire, qui n'est apposée qu'après toutes les formalités remplies et après toutes les signatures de tous ceux qui figurent dans les actes, soit comme parties, soit comme témoins; que, dès-lors, ces énonciations ont, par la vertu de cette Signature, le même caractère d'authenticité et produisent le même effet, que, si, au lieu de précéder ces formalités, elles les avaient suivies, puisque, dans le cas où ce que le notaire a déclaré avoir fait, ne le serait pas réellement, ou ne le serait pas de la manière dont il l'a déclaré, il ne devrait pas apposer sa Signature à l'acte et donner, par cette Signature, la sanction aux déclarations qu'il y a faites, et qu'en le faisant, il se rendrait évidemment coupable de faux, puisque sa Signature se rapportant à ses déclarations, il attesterait des faits qu'il saurait, au moment de sa Signature, ne pas être conformes à la déclaration qu'il en aurait faite;

» Attendu que, dans le contrat de mariage de la dame de Mahé, il est fait mention de la Signature des témoins, puisque le notaire s'y est exprimé ainsi: *et devant les témoins ci-après nommés et qualifiés* ET AUSSI SOUSSIGNÉS;

» Attendu, au surplus, que, par les expressions dont le notaire s'est servi à la fin de l'acte, il y a fait mention de la Signature des témoins en le terminant... ».

Le troisième arrêt a été rendu sur le recours en cassation exercé contre le précédent par la partie qui avait inutilement attaqué la donation entre-vifs. Ce recours avait d'abord été admis par la section des requêtes, parcequ'au moyen dont il est ici question, en étaient joints plusieurs autres qui avaient paru mériter une discussion contradictoire. Mais il a été rejeté, par la section civile, le 4 juin 1823, au rapport de M. Gaudon et sur les conclusion de M. l'avocat général Joubert, « attendu que la » nullité prononcée par l'art. 68 de la loi du » 25 ventôse an 11, ne s'applique spécialement » qu'au défaut de la mention de la Signature » des témoins, et non à la place où cette » mention doit être faite dans l'acte; que » d'ailleurs, la cour de Poitiers a jugé en fait » que, dans l'espèce, la Signature des témoins » était rappelée à la fin de la donation dont il » s'agit (1) ».

ART. IV. *Un testament est-il nul, lorsque la signature dont il est revêtu par le testateur, n'est pas celle de son véritable nom de famille?*

Qu'est-ce que signer un acte? C'est y apposer son nom, et ce ne peut être que cela. On ne peut donc pas être censé signer un acte, lorsqu'au lieu de son nom de famille, on y appose, soit le nom d'une famille à laquelle on n'appartient pas, soit le nom d'un terre que l'on possède, soit même un sobriquet.

Et c'était parcequ'une signature consiste essentiellement dans l'apposition du nom de famille du signataire, que l'ordonnance de 1629, disait, art. 211 : « enjoignons à tous » gentilshommes de signer du nom de leurs » familles, et non de celui de leurs seigneu» ries, en tous actes et contrats qu'ils fe» ront, à peine de nullité desdits actes et » contrats ».

Aussi trouvons-nous dans le tome 5 des *Traités de droit français à l'usage du duché de Bourgogne*, page 25, une note de Menelet ainsi conçue : « il faut (dans les testamens) » signer de son nom de famille et non de seig» neurie, suivant l'ordonnance de 1629, art. » 211. Elle ne parle que des contrats et » actes; mais le mot *acte* embrasse les tes-

(1) *Ibid*, tome 23, page 235.

» tamens. Celui du sieur Regnier qui avait » été signé du nom de *Bussières*, et celui de » René de Jaucourt qui avait été signé du nom » d'*Ausson*, furent cassés par le parlement » de Dijon ».

Il y a dans le même volume, page 357, une note de Bannelier dans laquelle il est également dit que « le *nom* de famille, et non » pas seulement le *nom d'une seigneurie* doit » être apposé dans la Signature d'un testa- » ment, et que Me Menelet en rapporte deux arrêts ».

Mais à cette règle générale, puisée dans la raison naturelle, et que le parlement de Dijon eût sans doute appliquée par ses deux arrêts, quand même il n'y eût pas été forcé par la disposition expresse de l'ordonnance de 1629 qu'il avait enregistrée, Bannelier ajoute une exception qui dérive également de la nature des choses: « c'est (dit-il) lors- » que le testament se trouve signé en la même » forme et sous la même désignation que le » contrat de mariage, et que tous les actes les » plus importans qu'aurait passés le testateur » pendant sa vie: *sic agebat, sic contrahe-* » *bat.* On a, sur cette exception, les arrêts » (du parlement de Dijon) qui ont validé les » dispositions de dernière volonté de M. de » Mongey, de la veuve Trouvé, du sieur Du- » pont, maire de Givry, et du sieur Durinel. » La première n'était signée que du nom de » seigneurie; les autres, de certains *surnoms*, » tels que ceux de guerre et autres pareils. » Prenons garde aux motifs de l'ordonnance » de 1629. Un gentilhomme emprunte de l'ar- » gent dont il fait un contrat de rente et ne » signe que du nom de sa seigneurie. Dans la » suite, la seigneurie passe en d'autre mains: » la désignation tirée de la signature, n'est plus » *univoque*: elle le devient néanmoins dans » le cas de l'*exception* que je viens de pré- » senter ».

Cette exception est encore confirmée par l'arrêt du parlement de Paris, du 29 décembre 1788, qui est cité ci-dessus, §. 2, n° 10, par celui de la même cour, du 4 juillet 1782, rapporté ci-après, n° 3, et par ce que j'ai dit dans les conclusions du 3 juin 1811, transcrites à l'article *Hypothèque*, sect. 2, §. 2, art. 10, n° 3.

Art. V. *Un testament est-il nul, lorsque la Signature dont il est revêtu par le testateur, ne présente que, ou ses prénoms ou l'un de ses prénoms, ou les lettres initiales, soit de son nom et de ses prénoms tout-à-la-fois, soit de ses prénoms seulement?*

Dès que, pour être censé signer un acte, il faut y apposer son nom, il est bien clair qu'il y faut apposer toutes les lettres alphabétiques dont ce nom se compose, et qu'un testateur ne serait pas censé signer son testament, s'il n'y apposait que, soit ses prénoms ou l'un de ses prénoms, soit les lettres initiales de son nom seulement, ou de ses prénoms et de son nom, ou seulement de ses prénoms.

C'est ce qu'ont jugé les arrêts des cours royales de Toulouse et de Caen, des 5 avril 1821 et 11 décembre 1822, qui sont rapportés ci-dessus, art. 2, nos 7 et 8.

La même chose avait été jugée long-temps avant le Code civil, par un arrêt du conseil de Brabant, du 26 octobre 1658, qui, au rapport du célèbre Stockmans, avait déclaré nul, dit le président Wynantz, dans ses *Curiæ supremæ Brabantinæ decisiones*, §. 157, le testament de Marie-Renée de Baronage, parcequ'il n'était signé par elle que des lettres *M. R. B.* (1).

Un autre arrêt de la même cour, que le même magistrat rapporte sans en indiquer la date, avait pareillement déclaré nul un testament que le testateur n'avait souscrit que des deux premières lettres de son nom et de ses prénoms; et il est à remarquer que c'était dans une espèce où étaient représentés des lettres missives et divers actes que le testateur avait signés de la même manière (2).

Mais il y a tout lieu de croire que, s'il eût été prouvé que le testateur ne signait pas seulement ainsi des lettres missives, que les actes qu'il avait encore signés de même étaient importans, et qu'il ne signait pas habituel-

(1) *Relatore D. Stockmans, 26 octobris 1658, inter executores testamentarios dominæ Mariæ-Renatæ de Baronage, viduæ Domini d'Ayala, et heredes dictæ dominæ ab intestato, eam, cùm testamentum signasset tribus litteris M. R. B, quia præ morbo aliter signare non poterat; non satisfecisse legibus Hannoniæ requirentibus testatoris et duorum parium curiæ, vulgò* hommes de fief, *signaturas; nam licet constaret testatricem eas scripsisse, non fuit tamen creditum eas pro signaturâ haberi posse.*

(2) *Cumque posteà apud nos casus accidisset, ubi testatrix signaverat testamentum per similes duas aut tres primas nominis ac cognominis litteras, judicatum fuit non subsistere testamentum, etsi testatrix sic et non aliter solita fuerat epistolas suas aliosque actus subsignare. Sed notandum est, in hoc ultimo casu, morbum non fuisse impedimento: nec de eo etiam notarius, post interrogationem testatrici factam, mentionem ullam fecerat; consideravit enim (ut puto), curia nimiam falsificandi paucasque litteras imitandi facilitatem; ac ideò strictè inhæsit articulo* 12 *edicti perpetui anni* 1611.

lement d'une autre manière, ce testament eût été déclaré valable. Telle paraît du moins être la conséquence de l'exception par laquelle nous avons vu au n° précédent, qu'est limitée la règle générale qui n'admet pour signature que l'apposition du véritable nom de famille du testateur.

Il est vrai que, comme le dit M. Toullier (tome 5, n° 344) « le testament du célèbre » Massillon fut attaqué par son frère, parce- » qu'il était signé *J. B., évêque de Clermont*, » et que, dans cette signature, on ne trou- » vait point le nom de famille ; qu'il était ce- » pendant notoire que les évêques alors ne » signaient point autrement, et prouvé que » Massillon, depuis sa promotion à l'épisco- » pat, n'avait jamais signé d'une autre ma- » nière ; que ce fut par ces raisons qu'un pre- » mier jugement rejeta la demande du frère de » cet illustre prélat ; mais qu'il y eut appel, » et que, pour obtenir un désistement, les » administrateurs de l'Hôtel-Dieu de Cler- » mont, institué légataire universel, s'obli- » gèrent de faire une pension viagère au deman- » deur ; ce qui prouve que, malgré l'extrême » vénération qu'inspiraient la mémoire et les » vertus de Massillon, la question était dès- » lors regardée comme *douteuse* ».

Mais de ce que la question a paru alors *douteuse*, il ne s'ensuit pas que, si elle eût été jugée, elle l'eût été contre le testament.

Au surplus, elle s'est représentée depuis, et le testament qui en était l'objet, a été jugé valable.

Joseph-Jacques Loison, évêque de Bayonne, avait fait, le 2 octobre 1814, un testament olographe dont la signature n'était composée que des lettres initiales de ses deux prénoms précédées d'une croix, et suivies des mots *Évêque de Bayonne*.

La dame de Serbodin, son héritière légitime, a attaqué ce testament sous le prétexte qu'il n'était pas signé du nom de famille du testateur.

On ne peut, disait-elle, entendre par *signature*, que la souscription du nom de famille à laquelle on appartient. Ni les lettres initiales des prénoms du testateur, ni sa qualité d'évêque ne formaient son nom. Il ne peut donc pas être censé avoir signé son testament.

Quand il serait généralement vrai (continuait-elle) que les évêques sont tous dans l'usage de ne signer que par les initiales de leurs prénoms, cet usage ne devrait être d'aucune considération ; d'abord, parcequ'on ne pourrait justifier un abus par la multiplicité des exemples qui l'établiraient ; ensuite, parcequ'il n'appartient, ni à aucun particulier, ni à aucune classe de citoyens, de modifier les lois d'ordre public, telles que sont celles qui règlent l'état des personnes et les successions ; et là s'appliquent, dans toute leur énergie, les lois qui défendent de changer de nom sans l'autorisation du gouvernement. Mais d'ailleurs l'usage de ne signer que par les lettres initiales des prénoms, n'est pas général pour les évêques. Les Archambaud de Sully, archevêque de Tours, les Vendôme, évêque de Paris, les La Rochefoucauld, reproduisaient, dans leurs signatures, leurs noms de famille, et si nous cherchons des exemples autour de nous, n'avons-nous pas vu M. de Noë, président des états de Béarn, signer *Marc-Antoine de Noé, évêque de Lescar*?

Enfin, ajoutait-elle, il ne faut pas confondre les actes apostoliques avec les actes civils. Pour les premiers, une signature qui ne consiste que dans les lettres initiales des prénoms, peut suffire de la part d'un évêque ; mais à l'égard des actes civils dans lesquels un évêque ne figure que comme citoyen, et où sa qualité épiscopale est absolument insignifiante, il faut une signature telle que l'exigent les lois civiles.

Nonobstant ces raisons, jugement du tribunal de première instance de Bayonne, du 14 août 1821, qui déclare le testament valable.

Et sur l'appel, arrêt de la cour royale de Pau, du 13 juillet 1822, qui, adoptant les conclusions de M. l'avocat-général Dufau, met l'appellation au néant,

« Attendu que les lois invoquées, relatives au changement de noms, sont étrangères à la question à décider ;

» Qu'aucune loi actuellement en vigueur, n'a déterminé, ni la manière, ni la forme de signer ;

» Et que le but unique du législateur, en prescrivant la Signature, a été que la personne et les dispositions du testateur fussent certaines ;

» Or, comme il est constant, en fait, que le testateur dont l'écriture n'est pas méconnue, a, non-seulement écrit et daté ce testament, mais encore qu'il l'a souscrit de la signature qui le termine ;

» Que, depuis sa promotion à l'épiscopat, le testateur, selon un ancien usage, encore suivi des évêques, avait adopté cette manière de signer ;

» Qu'enfin, c'était par cette signature qu'il était reconnu, et qu'il certifiait habituellement des actes civils et ceux de son ministère, ainsi que cela résulte de plusieurs actes authentiques remis au procès ;

» Il s'ensuit que le testament est signé ; qu'il

n'y a nul doute sur l'identité du testateur, ni sur ses dispositions ; qu'ainsi le texte de la loi n'est pas violé, que son vœu est rempli, et conséquemment que ce moyen de nullité doit être rejeté (1) ».

La dame de Serdobin se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et reproduit devant la section des requêtes tous les moyens qu'elle a inutilement fait valoir tant en première instance qu'en cause d'appel.

Mais par arrêt du 23 mars 1824, au rapport de M. Vallée, et sur les conclusions de M. l'avocat général Lebeau,

« Attendu que l'arrêt déclare, sur le vu des différentes pièces souscrites par le testateur, que la signature étant au bas du testament litigieux, est celle qu'il employait habituellement dans tous les actes qu'il souscrivait ; et qu'ainsi, en déclarant ce testament valable, la cour royale de Pau ne s'est mise en opposition avec aucune des lois invoquées ;

» La cour rejette le pourvoi..... (2) ».]]

Art. VI. *Un testament est-il nul lorsque la signature dont il est revêtu par le testateur est, mal formée?*

Il y a deux manières de mal former une Signature : l'une est de l'orthographier autrement qu'elle ne doit l'être ; l'autre est d'en figurer les caractères d'une façon presque illisible.

I. La question de savoir si l'on peut annuler un testament, par cela seul que le testateur a orthographié son nom autrement qu'il ne l'est dans son acte de naissance, s'est présentée deux fois, l'une au parlement de Flandre, l'autre au parlement de Paris.

Le 28 septembre 1740, Pierre-Antoine *Constantin*, domicilié au Cateau-Cambrésis, fit son testament devant notaire et témoins. Après sa mort, Jacques Milot, héritier légal, demanda la nullité de ses dispositions ; et, entre autres moyens, il allégua qu'elles n'étaient point signées *Constantin*, mais *Constintin*. On répondit que le testateur était un homme illettré ; que les gens du peuple, en Cambrésis et en Picardie, prononçaient communément la syllabe *an* comme *in* ; que cet usage était d'une notoriété constante, et qu'on en trouvait même une preuve dans le Pourceaugnac de Molière, où une femme de Saint-Quentin prononce *finfaron*, au lieu de *fanfaron*. Par arrêt du 26 février 1742, le testament fut déclaré valable.

Le sieur Delau avait fait un testament olographe qui finissait par ces mots : *En foi de quoi j'ai signé, Onezime Henri Delooz de Molertaziers, ce.....* Après sa mort, les héritiers qu'il avait dépouillés, attaquèrent ses dispositions, et soutinrent qu'elles étaient nulles, notamment par le défaut de la Signature de son vrai nom. La dame Jannelle, légataire universelle, répondit que la volonté du testateur, rédigée de sa main, était constante ; que les biens dont il disposait, étaient libres ; qu'il était capable de les aliéner, donner et léguer, et qu'enfin elle, légataire, pouvait recevoir ; que, par toutes ces raisons, l'intention du défunt devait être exécutée : que la Signature de *Delooz*, au lieu de *Delau*, ne pouvait annuler le testament ; que cette différence était une suite de la prétention qu'avait le défunt de descendre d'une famille italienne qui porte le nom de *Delooz*. Par arrêt du 5 juillet 1782, plaidant M. de Bonnière pour la dame Jannelle, et M. Delamalle, pour les héritiers, le parlement de Paris a ordonné l'exécution du testament, et a condamné les héritiers aux dépens.

II. La question de savoir si une *Signature formée de caractères presque illisibles*, vicie ou non le testament, est plus de fait que de droit ; cependant il ne sera pas inutile de retracer ici cinq arrêts qui l'ont décidée en faveur des testamens attaqués.

La dame d'Eguille avait fait, à Marseille, un testament qui se trouvait souscrit de simples traits dont on voyait bien qu'elle avait voulu former son nom, mais qui cependant ne rendaient pas vraiment sa Signature. Le notaire en avait été frappé, et avait en conséquence mis au testament une addition ainsi conçue : « Et ayant présenté la plume à la dame testatrice pour signer, elle n'a pu former d'autre » Signature que celle ci-dessus, toujours pré» sens nous dits notaire et témoins : et cette » difficulté lui est survenue à cause de la » grande faiblesse et tremblement de sa main, » quoiqu'enquise ». Les sieurs d'Eguille soutenaient la validité de ce testament, et ils obtinrent gain de cause par arrêt du parlement de Paris, du 16 décembre 1757, confirmatif d'une sentence des requêtes du palais, du 14 août 1745.

Valentin Flesselles fit son testament à Abbeville, le 11 juin 1744 ; les notaires le voyant disposé à signe, terminèrent l'acte par ces mots : *et a ledit sieur testateur signé* ; il signa même effectivement ; mais la Signature ne parut pas assez délicate, et les notaires crurent devoir ajouter que « le testateur s'étant mis

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 22, part. 2, page 337.

(2) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1824, page 122.

» en devoir de signer, ne l'avait pu faire que » comme dessus, à cause de l'agitation de sa » main, causée par sa maladie ». Ce testament fut attaqué par les héritiers qu'il dépouillait, mais sans succès. Par arrêt du 28 août 1762, le parlement de Paris ordonna qu'il serait exécuté selon sa forme et teneur.

[[*V.* ci-devant, art. 2, n° 7.]]

Dans l'espèce de l'arrêt du 23 février 1742, qu'on citait tout à l'heure, art. 3, n° 2, Jacques Milot alléguait que la Signature du testateur n'était qu'un griffonnage indéchiffrable. « Ce » qu'on prétend (disait-il) avoir été mis par » Constantin au bas de son testament, ressem- » ble, par sa position, à un J; les traits qu'il a » barbouillés, portent de bas en haut, et for- » ment, par le bas, un pli en forme de cro- » chet. Les premières lettres sont doublées et » estropiées; le surplus tient tout ensemble, » sans formation d'aucun caractère distinct. » De bonne foi, est-ce ainsi que Constantin » formait et plaçait sa Signature, lorsqu'il » avait l'usage libre des sens et de la main »? Malgré ces raisons, l'arrêt cité confirma le testament.

Le sieur Arnoud de Surcques, conseiller-pensionnaire au siège échevinal de Douai, avait fait un testament par lequel il avantageait la dame Le Saffre de Saint-Germain, sa fille, au préjudice du sieur Joseph de Surcques, son fils. Cet acte fut attaqué, sous prétexte que la Signature était mal figurée, et qu'à peine y reconnaissait-on les traces du nom du testateur. Les échevins de Douai, devant lesquels l'affaire fut d'abord portée, admirent les parties à faire preuve des faits qu'elles articulaient respectivement; et les enquêtes achevées de part et d'autre, il intervint, le 15 février 1746, une sentence qui ordonna l'exécution du testament. Le sieur de Surcques en interjeta appel à la gouvernance, mais inutilement; elle y fut confirmée par jugement du 9 décembre de la même année. Il appela de nouveau au parlement de Flandre, et il y fut d'abord plus heureux. Par arrêt du 28 février 1747, au rapport de M. Beauvoir de Séricourt, le testament fut déclaré nul. Mais le sieur Le Saffre s'étant pourvu en révision, la cour, les chambres assemblées, déclara qu'erreur était intervenue; ce faisant, ordonna que les sentences de la gouvernance et de l'échevinage de Douai sortiraient leur plein et entier effet, et condamna le sieur de Surcques aux dépens (1).

Dans l'affaire jugée par l'arrêt du 31 août 1779, que nous rapportons sous les mots *Témoin instrumentaire*, §. 2, on soutenait que la Signature apposée au bas du testament du sieur Varenne, n'était pas celle du testateur, ou, qu'en tout cas, on la lui avait fait faire, en lui conduisant la main, au moment de l'agonie.

Les héritiers avaient rendu une plainte dans laquelle ce faux prétendu tenait le premier rang; et ils avaient obtenu une sentence qui prononçait différentes condamnations, mais ne statuait rien au sujet de la Signature.

Sur l'appel, le sieur d'Aveston, légataire-universel, et le sieur Deganne, notaire, représentaient que les héritiers n'avaient point prouvé le premier chef de leur plainte; que les experts n'avaient rien décidé à cet égard, que les témoins n'attestaient pas que le testateur n'eût point signé; qu'au contraire, le sieur Deganne avait la preuve *de visu* de la vérité de la Signature du testateur; que les experts disaient seulement que la Signature mise au bas du testament, était d'une main *tremblante et mal assurée*; que l'un d'eux avouait ne pouvoir pas assurer précisément si c'était ou si ce n'était pas la Signature du sieur Varenne; que, puisque la Signature n'était pas déclarée fausse par les experts, c'était une présomption en faveur de la vérité; que la déclaration du notaire était d'un grand poids; que le sieur Doublet, l'un des témoins instrumentaires, déposait et soutenait aussi qu'après que le testament avait été clos, lu et relu, le sieur Varenne l'avait signé, et qu'il était sûr de l'avoir vu signer et bien signer; qu'à la vérité, l'autre témoin, nommé Pointe, disait n'avoir *rien vu, rien entendu*; mais 1° qu'il était le seul qui déposât ainsi; 2° que sa déposition ne portait pas à charge sur le faux de la Signature du testateur; qu'il ne détruisait pas surtout *spécifiquement*, ce qu'il avait attesté en signant le testament; que d'ailleurs c'était un témoin corrompu, un parjure, un homme qui avait mis sa déposition à prix, dont l'intérêt et la vengeance avaient conduit toutes les démarches, et qui, loin d'être cru, ne devait redouter que la sévérité de la justice.

(1) Je ne trouve pas la date précise de cet arrêt; mais je sais qu'il a été rendu au rapport de M. Maresceille; et je trouve dans les notes manuscrites d'un des juges, qu'à la vérité le sieur Le Saffre opposait une fin de non-recevoir, qu'il tirait de l'approbation prétendue qu'avait donnée le sieur Surcques au testament de son père; mais que le seul moyen qui a déterminé l'arrêt, a été *la suffisance de la Signature*.

Le sieur Le Saffre avait pour avocat M. Millendorff, depuis premier président du conseil souverain de Mons, mort président du conseil royal des finances de Bruxelles.

C'est d'après ces considérations, que l'arrêt cité a confirmé le testament.

[[ART. VII. *Questions particulières sur la Signature des testamens olographes.*

I. Est-il absolument nécessaire que, dans un testament olographe, la Signature du testateur soit detachée de l'écrit qui constitue ce testament ?

Oui, si, à la suite de la Signature, il se trouve des dispositions qui font un seul et même corps avec le testament.

Non, si la signature termine absolument l'acte, ou n'est suivie que d'expressions surabondantes : voici un arrêt de la cour de cassation qui le juge ainsi.

Le 14 janvier 1809, procès-verbal du président du tribunal de première instance de Savenay, qui constate la présentation qui lui a été faite, après le décès de la veuve Guyot, d'un écrit ainsi conçu :

« 20 janvier 1806.

» Je soussignée, Pauline-Marguerite Despinose, veuve Guyot, *tante du sieur Paul-Anne-Sébastien Gaudin* (ces derniers mots rayés), déclare instituer pour légataires et héritiers universels, les enfans de Paul-Anne-Sébastien Gaudin, mon neveu, au cas que je décède avant eux, et si je leur survis, j'institue en leur lieu et place, pour mon héritier universel, ledit sieur Gaudin, leur père.

» Je veux néanmoins qu'au cas que, lors de mon décès, il y ait quelqu'un desdits enfans Gaudin existans, et que leur père et Eléonore Marphy soient également vivans, ou l'un d'eux, je veux, dis-je, que ces derniers ou l'un d'eux jouissent par usufruit des biens que je delaisserai.

» Telles sont mes intentions et dernières dispositions. Fait et écrit en entier, après mûre reflexion, par moi Pauline Despinose, veuve Guyot, qui ai signé après lecture et méditation ; fait au Croisic, ce jour 20 janvier 1806.

» Deux mots rayés comme nuls ».

Le 8 février 1806, le subrogé-tuteur des enfans mineurs du sieur Gaudin père, fait assigner le syndic de la faillite de celui-ci, pour voir ordonner que cet écrit sera executé comme testament olographe.

Le syndic soutient que cet écrit n'étant point signé de la prétendue testatrice, ne peut pas avoir l'effet d'un testament.

Et le 29 juillet 1811, jugement qui le décide ainsi.

Mais sur l'appel, arrêt de la cour de Rennes, du 20 avril 1812, qui déclare le testament valable, et en ordonne l'exécution,

« Attendu que la Signature est la souscription ou l'apposition de son nom mise de sa propre main à la fin d'un acte ;

» Qu'il est reconnu que le testament du 20 janvier 1806 est entièrement écrit et daté en tête, de la main de la testatrice; qu'elle a terminé la dernière ligne en y apposant ses noms *Pauline Despinose, veuve Guyot*, et que cette apposition de noms est la Signature annoncée par les premiers mots de l'acte *Je soussignée* Pauline-Marguerite Despinose, *veuve Guyot ;*

» Que les deux lignes qui suivent sa Signature, ne peuvent avoir aucune influence sur la forme d'un testament qui était parfait lorsqu'elles ont été écrites, et auquel elles ne font aucun changement qui puisse en altérer la validité ; qu'elles offrent seulement une déclaration surabondante que la testatrice a signé après lecture et méditation, ce qui confirme le fait contesté de la signature, et une répétition inutile de la date mise en tête de l'acte ; qu'il en est de même de l'addition mise au-dessous, *deux mots rayés nuls*, ces deux mots rayés n'étant d'aucune importance, et leur annullation n'étant pas requise pour la validité du testament ».

Le syndic des créanciers du sieur Gaudin se pourvoit en cassation ; mais par arrêt du 20 avril 1813, au rapport de M. Vergès,

« Considérant que le testament olographe de Pauline Despinose, veuve Guyot, du 20 janvier 1806, a été écrit en entier, daté et signé de la main de la testatrice ; que par conséquent, la cour dont l'arrêt est attaqué, en déclarant ce testament régulier et valide, a fait une juste application de l'art. 970 du Code civil;

» La cour rejette le pourvoi..... ».

La question s'était présentée peu de temps auparavant à la cour d'appel de Liége, qui l'avait jugée tout autrement.

Le 20 décembre 1809, Michel-François Falla écrit de sa main un acte de dernière volonté, par lequel il institue le sieur Détienne son légataire universel, et qu'il termine ainsi: « fait et signé pas moi Michel-François Falla, » de la commune de Loncin, canton de Hol- » logne, ce 20 decembre 1809 ».

Après sa mort, ses héritiers *ab intestat*, demandent la nullité de ce testament.

« Le testateur (disent-ils) n'a pas signé l'acte dont il s'agit : il n'a pas fait plus que s'il avait dit au commencement, *je soussigné Michel-François Falla.*

» Ce qu'exige la loi, c'est une Signature au bas de l'acte en forme d'attestation.

» Qu'est-ce que signer? Ferrière, dans son

Dictionnaire de droit et de pratique, au mot *Signature*, répond que c'est *écrire son nom de sa main, au bas d'un acte, pour l'approuver et s'obliger à l'exécution de ce qu'il contient, ou pour l'attester.*

» Dans le testament de Falla, ses nom et prénoms ne se trouvent que par forme de narration dans le corps de l'acte; il en eût dit autant dans un simple projet: on ne peut donc considérer l'écrit que comme un projet de testament ».

A ce moyen que les héritiers *ab intestat* renforcent par un autre dont je parlerai sous le mot *Testament*, sect. 2, §. 4, art. 3, n° 6, le légataire universel répond,

« Que le testament olographe n'est pas assujéti aux formes rigoureusement prescrites pour les actes publics de dernière volonté;

» Que celui de Falla est écrit de sa main, et qu'il contient la preuve qu'il l'a signé par ces mots: *fait et signé par moi Michel-François Falla.*

» Que la loi n'exige pas autre chose que l'attestation du testateur que l'acte est signé par lui.

» Qu'elle n'exige pas qu'après avoir déclaré qu'il est fait et signé par lui, il appose encore une seconde fois sa Signature ».

Le 15 juin 1811, jugement du tribunal de première instance de Liége, qui déclare le testament nul,

« Attendu que l'acte dont il s'agit, porte, par sa contexture et les dispositions qu'il renferme, tous les caractères d'un testament olographe, que son auteur, Michel-François Falla, s'était proposé de faire; que, pour que cet acte pût avoir l'effet d'un testament olographe, il fallait qu'il fût rédigé dans la forme impérieusement exigée par l'art. 970 du Code civil, qui veut que cette sorte de testament soit écrite en entier, datée et signée de la main du testateur;

» Que, quoique ce même acte soit reconnu pour avoir été écrit en entier par Michel-François Falla, avec la mention déclarative de ses nom, prénoms, lieu de sa demeure, toutefois on ne peut dire qu'il soit signé dudit Falla dans le sens attaché à l'expression du mot *Signature*, puisqu'après la date du 20 décembre 1809, mise d'abord en toutes lettres, puis répetée en chiffres, il ne se trouve, au pied dudit acte, aucune Signature qui en fasse le complément substantiel et indispensable;

» Que ce défaut de Signature est une omission de l'une des trois formalités essentielles prescrites par l'art. 970 du Code civil;

» Que l'inobservation des formalités ordonnées en matière de testament, emporte nullité, suivant l'art. 1001 du Code ».

Le légataire universel appelle de ce jugement, mais sans succès. Par arrêt du 22 décembre 1812, la cour de Liége met l'appellation au néant,

« Attendu que l'acte dont il s'agit, est bien écrit de la main de Michel-François Falla, et qu'il ne présente, dans tout son contenu, que des dispositions de dernière volonté, mais qu'il est terminé de la manière suivante....;

» Qu'ainsi, cet acte ne peut subsister comme testament olographe, parcequ'il n'est pas revêtu de la Signature du testateur, formalité prescrite, à peine de nullité, par l'art. 1001 du Code civil;

» Qu'en effet, on ne peut, dans le cas présent, prendre pour Signature les mots *Michel-François Falla*, 1° parcequ'ils se trouvent au milieu d'une phrase qu'ils rendent complète, et qui, sans eux, n'aurait plus aucune signification; qu'ainsi, ils ne se présentent pas comme Signature, mais comme complément de la proposition; 2° parceque cette phrase ne contient qu'une déclaration énonciative de l'intention dans laquelle se trouvait Michel-François Falla de signer son testament, ce qui ne peut suppléer à une Signature effective, requise à peine de nullité; 3° parceque le testament rédigé par Michel-François Falla, ne peut être considéré que comme un simple projet de testament olographe, non revêtu de la Signature du testateur (1) ».

A ce motif, l'arrêt en ajoute un autre que je rapporterai à l'endroit indiqué au n° suivant; mais si ce motif eût été isolé, et que le légataire universel se fût pourvu en cassation, il est permis de croire que son recours n'eût pas été inutile.

II. La signature d'un testament olographe doit-elle en précéder la date? *V.* l'article *Testament*, sect. 2, §. 4, art. 3, n° 6.

Je traiterai au même endroit, quelques autres questions relatives à cette matière.]]

* SIGNIFICATION. C'est la notification, la connaissance qu'on donne d'un arrêt, d'une sentence, d'un acte quelconque, par voie de justice.

[I. Nous disons *par voie de justice*, parcequ'en effet, c'est la manière la plus commune de faire les Significations; mais quand les parties y consentent, on peut les faire à l'amiable; c'est ce qui résulte d'un arrêt du con-

(1) Décisions notables des cours d'appel de Bruxelles et de Liége, tome 25, page 219.

seil souverain de Colmar, du 1^er décembre 1752, qu'on trouve dans le Recueil des ordonnances d'Alsace, tome 2, page 415 : « Il décide » que des avocats de première instance, faisant » les fonctions de procureurs, ou autres, » peuvent tenir pour signifiés les actes émanés » de la chancellerie, ainsi que les sentences et » mandemens des juges délégués par le conseil » souverain ». Ce sont les propres termes de l'intitulé sous lequel cet arrêt est imprimé dans le recueil cité]].

II. Avant de faire mettre un jugement à exécution, on doit le signifier à la partie condamnée, pour qu'elle s'y soumette d'elle-même et évite les frais de contrainte. Si elle a eu un procureur, [[aujourd'hui un avoué]], pour la défendre, le jugement doit, en premier lieu, être signifié à cet officier, conformément à l'art. 2 du tit. 27 de l'ordonnance du mois d'avril 1667.

[[Le Code de procédure civile dit également, art. 147 : « S'il y a avoué en cause, le » jugement ne pourra être exécuté qu'après » avoir été signifié d'avoué à avoué, à peine » de nullité : les jugemens provisoires et définitifs qui prononceront des condamnations, seront en outre signifiés à la partie, » à personne ou à domicile ; et il sera fait mention de la Signification à l'avoué ».]]

Cette disposition est fondée sur ce qu'on pense qu'un procureur est plus en état de veiller à l'intérêt de sa partie, qu'elle-même.

Si le procureur de la partie condamnée vient à décéder, à être interdit, ou à quitter, en sorte que le jugement ne puisse lui être signifié, il suffit de faire la Signification au domicile de la partie, sans qu'il soit nécessaire d'attendre qu'elle ait constitué un nouveau procureur.

[[Mais (ajoute l'art. 148 du Code de procédure civile), « il y sera fait mention du décès ou de la cessation des fonctions de l'avoué ».]]

Quand il y a plusieurs parties en cause, le jugement ne doit être signifié qu'aux parties dont l'intérêt est opposé à celui de la partie qui fait la Signification.

III. Au surplus, soit qu'on signifie le jugement de procureur à procureur, ou qu'on le signifie à personne ou domicile de la partie, et qu'on veuille l'attaquer pour en faire réformer les dispositions, il ne faut faire la Signification qu'avec protestation de se pourvoir. *V.* l'article *Appel*, §. 6. (M. Guyot) ».

IV. Dans tous les tribunaux, il est d'usage et de décence que le chef ou l'un des membres soit prévenu des Significations qu'une partie entend faire au corps.

Cette déférence n'a rien qui gêne le cours ordinaire de la justice : ce n'est pas pour l'interrompre, pour y mettre des obstacles, qu'on l'exige ; mais c'est bien le moins qu'on donne à un corps de magistrature, ce témoignage d'honneur.

On ne pourrait cependant pas prendre la voie extraordinaire contre une partie qui aurait manqué à ces égards.

C'est ce qui a été jugé par un arrêt du parlement de Paris, du 31 mai 1783, dans une affaire que ses suites ont rendue célèbre.

Le 8 mars 1783, le sieur Huet, greffier des experts et de l'écritoire, à la sénéchaussée de Lyon, a cru devoir appeler d'un jugement du 5 du même mois, qui, sur le réquisitoire de M. Millanois, premier avocat du roi, l'avait destitué de la place d'archiviste de ce tribunal. Dans cette idée, il a fait signifier à la compagnie, dans la personne du greffier, un acte d'appel où l'on a ensuite prétendu qu'il la tournait, elle et son jugement, en dérision, et traitait l'une et l'autre avec mépris. Il avait engagé Le Gavre, huissier, à faire cette signification, en l'assurant que *c'était un acte d'accord avec la chambre*. Cependant Le Gavre conçut de la méfiance sur l'assertion du sieur Huet; il craignit que celui-ci ne l'eût fait manquer à une démarche qui était un devoir à ses yeux ; sentant qu'il avait offensé le tribunal, en lui faisant une Signification, sans en prévenir aucun de ses membres ; il courut, le même soir, retirer des mains du greffier, la copie qu'il avait signifiée quelques heures auparavant ; la bâtonna ainsi que l'original, restitua le tout au sieur Huet, et vint le lendemain 9, déclarer devant la compagnie assemblée, la surprise que le sieur Huet avait voulu pratiquer envers lui.

Sur-le-champ, plainte du procureur du roi, tendant à ce qu'il fût informé sur les faits énoncés dans la déclaration affirmée par Le Gavre, et à ce que le sieur Huet fût mandé pour répondre à ces faits.

La chambre se montra plus sévère : non-seulement elle ordonna l'information, mais comme le fait paraissait dès-lors constant, elle décréta le sieur Huet d'ajournement personnel.

Le sieur Huet a interjeté appel de ce décret et de toute la procédure.

Après une plaidoirie contradictoire avec M. le procureur général, à la tournelle, arrêt le 31 mai 1783, qui *déclare qu'il n'y a lieu à plainte, l'annulle comme* VEXATOIRE, *et permet au sieur Huet de prendre à partie*

trois magistrats qu'il indiquait comme auteurs des faits dont il se plaignait.

Les trois magistrats ayant formé opposition à cet arrêt, il en est intervenu un autre, le 13 août suivant, par lequel ils y ont été reçus, et avec eux M. le procureur général lui-même, tiers-opposant, tant en ce que la plainte avait été déclarée vexatoire, qu'en ce qu'il avait été permis de les prendre à partie. Mais l'infirmation du décret n'en a pas moins subsisté; et par conséquent il demeure jugé qu'on ne peut pas prendre la voie extraordinaire contre un manque d'égards du genre de celui qu'il y avait lieu de reprocher au sieur Huet.

Nous parlons encore de cet arrêt au mot *Prise à partie*.

[[V. En est-il relativement aux étrangers qui sont hors de France, des Significations de jugemens, comme des assignations? Peut-on les leur faire au domicile du magistrat qui exerce le ministère public?

L'affirmative n'est pas douteuse, et on peut voir dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Significations de jugemens*, des arrêts qui la consacrent formellement.

On trouvera au même endroit, plusieurs questions connexes à celle-là.

VI. Le commandement fait en vertu d'un jugement dont copie est en même temps délivrée à la partie condamnée, équipolle-t-il à un exploit de Signification de ce jugement: et fait-il en conséquence courir le délai, soit de l'appel, soit de la requête civile, soit du recours en cassation?

Oui, et c'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de cassation, du 19 nivôse an 12, rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Significations de jugemens*, §. 3.

VII. Un exploit de Signification d'un jugement, postérieur à la suppression des tribunaux de l'ancien régime, mais antérieur à la loi du 7 nivôse an 7, est-il valable, et fait-il courir le délai de l'appel, de la requête civile ou de la cassation, lorsqu'il ne contient ni la mention du tribunal dans le ressort duquel l'huissier a le droit d'instrumenter, ni celle de l'ancienne immatricule de cet officier?

V. le plaidoyer et l'arrêt du 12 frimaire an 14, rapportés à l'article *Acquiescement*, §. 6. *V.* aussi le mot *Cassation*, §. 5, nº. 10.

VIII. La Signification d'un jugement aux syndics ou directeurs d'une union de créanciers fait courir, contre chacun des créanciers unis, le délai de l'appel, de la requête civile ou du recours en cassation, dont ce jugement peut être susceptible; mais elle ne le fait pas courir contre les créanciers qui n'ont pas accédé au contrat d'union, ou avec lesquels ce contrat n'a pas été homologué. La cour de cassation l'a ainsi jugé par un arrêt du 11 thermidor an 12, qui est rapporté, avec les conclusions sur lesquelles il a été rendu, dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Union de créanciers*.

IX. Sous la loi du 11 brumaire an 7, la Signification d'un jugement d'ordre, faite par le créancier poursuivant, aux autres créanciers, faisait-elle courir, pour et contre chacun d'eux respectivement, les délais de l'appel, de la requête civile et du recours en cassation?

La forêt et les forges de Lagde-Pourrin, situées dans l'arrondissement de Mortain, ayant été saisies réellement sur le sieur Collet-Saint-James, les sieurs Juets-Dinglemar et Bachelier-d'Agès s'en sont rendus adjudicataires, moyennant la somme de 600,000 francs.

Le sieur Préau, l'un des créanciers inscrits hypothécairement sur ces immeubles, provoque l'ordre du prix; et, le 29 pluviôse an 10, il intervient un jugement qui colloque tous les créanciers, chacun selon le rang de son hypothèque, et ordonne notamment que la dame de Houdetot sera payée avant le sieur Bachelier-d'Agès, l'un des adjudicataires, et, comme elle, créancier hypothécaire du débiteur exproprié.

Le 26 germinal suivant, le sieur Préau fait signifier le jugement d'ordre au sieur Bachelier-d'Agès, à la dame de Houdetot, et à tous les autres créanciers qui se sont présentés.

Le 25 janvier 1808, le sieur Bachelier-d'Agès prétendant que la dame de Houdetot n'aurait dû être colloquée qu'après lui, fait signifier à celle-ci un acte d'appel du jugement d'ordre.

La dame de Houdetot oppose à cet appel une fin de non-recevoir qu'elle fait résulter de ce qu'il n'a pas été interjeté dans les trois mois de la Signification du jugement, faite à la requête du créancier poursuivant.

Le 6 avril 1808, arrêt de la cour d'appel de Caen, qui rejette cette fin de non-recevoir,

« Attendu qu'en fait; la dame de Houdetot n'a pas fait signifier le jugement de collocation au sieur Bachelier-d'Agès; que, pour qu'elle pût s'emparer de la Signification faite par le créancier poursuivant, il faudrait que, par une dérogation expresse au droit commun, la loi du 11 brumaire an 7, sous l'empire de laquelle l'expropriation a eu lieu, eût, par une disposition particulière et d'exception, conféré

au créancier poursuivant l'état de l'ordre, le droit de forclore les créanciers, les uns à l'égard des autres, par l'effet de la Signification du jugement de collocation ;

» Qu'il est impossible de supposer que telle ait pu être l'intention du législateur, puisqu'on ne trouve pas même dans la loi une disposition qui charge le créancier de signifier le jugement de collocation ;

» Que, s'il peut résulter des inconvéniens de la multiplicité des Significations que peut entraîner un état d'ordre, il n'appartient pas aux juges d'y apporter un remède qui, étant pris hors des termes de la loi, constituerait, de leur part, un véritable excès de pouvoir ».

La dame de Houdetot se pourvoit en cassation, et soutient que cet arrêt est en contravention aux art. 31, 32, 33 et 34 de la loi du 11 brumaire an 7, concernant les expropriations forcées.

« Sans doute (dit-elle), il n'est pas littéralement écrit dans ces articles de la loi de brumaire, que le poursuivant fera signifier le jugement d'ordre à tous les créanciers; que cette Signification vaudra pour et contre chacun d'eux, qu'elle fera courir contre eux le délai de l'appel; mais ils contiennent implicitement cette disposition ; elle en est la conséquence nécessaire.

» En effet, ils confient au créancier le plus diligent, toute la poursuite de l'ordre. Ils lui confient le pouvoir nécessaire pour tous les actes dont cette poursuite se compose; pour *l'ouverture*, *l'homologation* et, la *Signification* du jugement, qui est le complément de l'ordre. Ils lui accordent un privilége pour les frais de cette poursuite, frais dont ceux de la signification du jugement d'ordre font toujours partie. Si cette Signification ne profitait pas à tous les créanciers, n'était pas commune à chacun d'eux, ils seraient tenus tous, et chacun individuellement, de faire signifier le jugement d'ordre, non-seulement au saisi ou au vendeur, à l'adjudicataire ou à l'acquéreur, mais encore à tous les créanciers respectivement, pour n'être pas exposés pendant trente ans, à des appels de la part de tout créancier non colloqué, ou colloqué à un rang qu'il prétendrait n'être pas le sien. Les frais de ces significations particulières seraient énormes et en pure perte pour chaque créancier, puisqu'ils ne lui seraient pas alloués dans l'ordre. D'ailleurs ces Significations seraient inutiles pour leur fin principale, qui est de faire connaître le jugement, dans le cas où il a été signifié par le créancier poursuivant. Si la loi avait entendu que chaque créancier qui s'est présenté à l'ordre, fît, pour son intérêt personnel, notifier le jugement aux autres créanciers, afin de les constituer en demeure d'appeler vis-à-vis de lui, elle l'aurait dit; elle aurait assuré à chaque créancier le remboursement des frais de cette notification. Elle ne s'est occupée que des frais faits par le créancier poursuivant; ce qui prouve que, dans son sens, chaque créancier n'est pas tenu de faire signifier à tous les autres le jugement d'ordre; que la signification est commune et profite à tous les intéressés ; et qu'elle fait, par conséquent, courir le délai de l'appel pour et contre eux respectivement ».

Par arrêt contradictoire du 28 décembre 1808, au rapport de M. Audier-Massillon,

« Vu l'art. 14 du tit. 5 de la loi du 24 août 1790, et les art. 31, 32, 33 et 34 de la loi du 11 brumaire an 7, sur les expropriations forcées ;

» Et attendu qu'il résulte de l'ensemble de ces divers articles de la loi du 11 brumaire an 7, que le créancier poursuivant l'ordre est, exclusivement à tout autre, chargé de tous les actes nécessaires pour parvenir à la confection de l'ordre; et que ce n'est qu'à son profit que les frais, pour parvenir à cette confection, sont colloqués et prélevés de préférence à toute créance; que l'exploit de Signification du jugement d'ordre, fait partie des actes confiés à la vigilance du créancier poursuivant ;

» D'où il suit que cette Signification, qui est faite dans l'intérêt de tous les créanciers, fait courir contre chacun d'eux, le délai de l'appel ; qu'il s'est écoulé plus de trois mois depuis que le jugement d'ordre avait été signifié au sieur Bachelier, à son domicile, à la requête du poursuivant l'ordre, lorsque le sieur Bachelier a fait notifier son appel; et qu'ainsi, l'arrêt dénoncé, en recevant cet appel, a contrevenu aux art. 31, 32, 33 et 34 de la loi du 11 brumaire an 7, et par suite à l'art. 14 du tit. 5 de la loi du 24 août 1790 ;

» La cour casse et annulle.... ».

X. 1° L'omission de la date de l'exploit de Signification d'un jugement, dans la copie signifiée de cet exploit, emporte-elle la nullité de la signification même ?

2° La partie déchue d'une demande en cassation, par l'effet de la nullité de la Signification de l'arrêt portant admission de cette demande, et de l'impossibilité de réitérer cette Signification dans le terme fixé par le règlement de 1738, peut-elle se pourvoir de nouveau en cassation, lorsqu'elle est encore dans le délai déterminé pour ce genre de recours ?

Ces deux questions sont traitées dans le plaidoyer et jugées par l'arrêt du 20 janvier 1806, rapportés au mot *Viduité*, n° 3.

XI. Le Code de procédure civile contient deux dispositions importantes sur les Significations.

« Art. 1037. Aucune signification ni exécution ne pourra être faite, depuis le 1er octobre jusqu'au 31 mars, avant six heures du matin et après six heures du soir; et depuis le 1er avril jusqu'au 30 septembre, avant quatre heures du matin et après neuf heures du soir; non plus que les jours de fête légale, si ce n'est en vertu de permission du juge, dans le cas où il y aurait péril en la demeure.

» 1039. Toutes Significations faites à des personnes publiques, préposées pour les recevoir, seront visées par elles sans frais sur l'original. En cas de refus, l'original sera visé par le procureur du roi près le tribunal de première instance de leur domicile. Les refusans pourront être condamnés, sur les conclusions du ministère public, à une amende qui ne pourra être moindre de 5 francs.

XII. Dans le cas où la loi exige, pour la Signification d'un acte, que l'huissier qui l'a fait, soit commis spécialement à cette fin par le juge, si cet huissier commet une nullité dans son exploit, peut-il la réparer par une nouvelle Signification, sans que le juge l'y ait autorisé de nouveau?

Voici un arrêt de la cour de cassation du 26 novembre 1810, qui juge pour l'affirmative:

« Le procureur général expose que la cour d'appel de Bordeaux a rendu, le 13 février dernier, un arrêt contre lequel la partie intéressée a renoncé à se pourvoir en cassation, par acte notarié du 23 de ce mois, dont expédition est ci-jointe, mais qui paraît devoir être annulé dans l'intérêt de la loi.

» Le 26 juillet 1809, arrêt de la cour de justice criminelle du département de la Gironde, qui, sur la déclaration du jury portant que Jean Laplene, ci-devant agent de change à Bordeaux, est convaincu d'avoir volé au sieur Casenave, une somme de 4,700 francs, condamne le premier à six mois d'emprisonnement, et par corps à restituer au second la somme qu'il lui a enlevée, avec 1,200 francs, de dommages et intérêts.

» En exécution de cet arrêt, Jean Laplene est conduit dans les prisons du fort du Ha, pour y subir sa peine.

» Le 23 décembre suivant, le sieur Casenave, voulant user du droit qui lui est assuré de contraindre son débiteur par corps, présente au président du tribunal de première instance de Bordeaux, conformément à l'art. 780 du Code de procédure, une requête par laquelle il demande qu'un huissier soit commis *pour faire la Signification de l'arrêt, avec commandement par corps et autres actes subséquens.*

» Le même jour, ordonnance du président, qui commet l'huissier Mazière, *pour procéder conformément aux dispositions de l'art. 780 du Code de procédure civile.*

» Le 8 janvier 1810, l'huissier Mazière signifie l'arrêt avec commandement à Jean Laplene.

» Le 11 du même mois, le sieur Casenave donne à cet huissier un pouvoir spécial pour recommander ou emprisonner son débiteur.

» Le 12, cet huissier recommande et écroue Jean Laplene.

» Le 17, le sieur Casenave aperçoit des nullités dans les exploits du 8 et du 17; il remarque que, dans l'un et l'autre, l'ordonnance du président est datée du 3, au lieu du 23 décembre; que, dans l'un et l'autre, son pouvoir spécial n'est pas relaté, tandis qu'il devait en être donné copie; enfin, que le geolier avait notifié l'écrou, tandis que l'huissier avait eu seul qualité pour faire cette notification. En conséquence, il fait notifier à Jean Laplene un autre acte par lequel il se désiste de ces exploits, et déclare les tenir pour nuls et non avenus.

» Le même jour, l'huissier Mazière, agissant toujours en vertu de la commission dont l'a investi l'ordonnance du président, du 23 décembre 1809, signifie de nouveau à Jean Laplene l'arrêt du 26 juillet précédent, et lui fait un nouveau commandement.

» Le 18, le sieur Casenave renouvelle le pouvoir spécial qu'il avait donné, le 11, à l'huissier Mazière, pour la recommandation ou l'emprisonnement de Jean Laplene.

» Le 22, l'huissier Mazière procède en effet à la recommandation de Jean Laplene, le constitue prisonnier, l'écroue, remet 20 francs au concierge du fort du Ha, pour alimens d'un mois, et signifie le tout au débiteur.

» Le 26, Jean Laplene fait assigner le sieur Casenave à comparaître le lendemain devant le tribunal de première instance de Bordeaux, pour voir déclarer nuls le commandement du 17 et la recommandation du 22, comme faits par un huissier dont les pouvoirs avaient cessé par l'usage qu'il en avait fait dans le commandement du 8 et la recommandation du 12.

» Le lendemain 27, jugement contradictoire qui déboute Jean Laplene de sa demande, *attendu* 1° *que l'huissier Mazière était muni*

d'un pouvoir spécial du sieur Casenave lors de la recommandation et écrou du 22 janvier; 2° que l'huissier Mazière était commis par ordonnance du président du tribunal, du 23 décembre 1809, conformément à l'art. 780 du Code de procédure, pour signifier l'arrêt du 26 juillet, et faire le commandement par corps; 3° que le désistement du sieur Casenave des actes des 8 et 12 janvier, faits par l'huissier Mazière, ne peut être assimilé, ni au cas prévu par l'art. 784, ni à ce que l'on induit de l'art. 804 du Code de procédure, étant de principe que les obligations ne peuvent ni ne doivent être étendues au-delà des bornes prescrites par la loi.

» Jean Laplene appelle de ce jugement et obtient permission d'assigner le sieur Casenave à bref délai.

...

» La cause portée à l'audience de la cour d'appel de Bordeaux, le procureur général conclut à la confirmation du jugement attaqué.

» Mais par l'arrêt que dénonce l'exposant, *attendu qu'en faisant des commandemens au sieur Laplene, le 8 janvier, l'huissier Mazière avait épuisé les pouvoirs qui lui avaient été donnés par l'ordonnance du président du tribunal de première instance, qui l'avait commis; qu'ayant rempli la mission qui lui avait été donnée* POUR UNE SIGNIFICATION SEULEMENT (*car l'art. 180 du Code de procédure, en disant,* CETTE SIGNIFICATION SERA FAITE, *ne parle évidemment que d'une seule signification*), *tout était consommé à son égard; attendu que, huit jours après le sieur Casenave s'étant désisté du commandement et de la recommandation faite par l'huissier Mazière, commis à l'effet de cette Signification seulement, par l'ordonnance du président, cet huissier ne pouvait faire de nouveaux commandemens ni une nouvelle recommandation sans avoir reçu de nouveaux pouvoirs, sans une nouvelle ordonnance qui l'eût commis; que cette ordonnance n'ayant pas été obtenue, il y a violation de l'art. 780 du Code de procédure; d'où il suit que le sieur Laplene est fondé dans l'appel par lui fait du jugement rendu par le tribunal de première instance; la cour..... a mis et met l'appel et ce au néant, émendant, annulle tant le commandement fait au sieur Laplene le 17 dudit mois de janvier, que la recommandation faite de sa personne; en conséquence, ordonne que le sieur Laplene sera, sur-le-champ, mis en liberté.*

» S'il n'était question, pour faire casser cet arrêt, que de démontrer qu'il est souverainement déraisonnable, rien au monde ne serait aussi facile.

...

» Comment, en effet, la cour d'appel de Bordeaux a-t-elle pu dire que l'huissier Mazière avait épuisé, par ses exploits des 8 et 12 janvier 1810, les pouvoirs qui lui avaient été conférés par l'ordonnance du président du tribunal de première instance du 23 décembre 1809?

» De quoi l'avait chargé cette ordonnance? De signifier à Jean Laplene l'arrêt du 26 juillet 1809.

» Que devait-il faire pour s'acquitter de cette mission, pour épuiser le pouvoir dont il était investi? Il devait sans doute signifier l'arrêt du 26 juillet 1809 dans une forme régulière; car ce n'était pas pour faire des exploits nuls, que l'ordonnance du 23 décembre l'avait commis. Sa mission n'était donc pas remplie, son pouvoir n'était donc pas épuisé, tant qu'une signification régulière de l'arrêt n'avait pas été faite à Jean Laplene. Il pouvait donc, après avoir fait, dans une forme irrégulière, une première signification de l'arrêt, en faire une seconde revêtue de toutes les formalités prescrites par la loi.

» Vouloir que, par une signification nulle, il ait rempli la mission, il ait consommé les pouvoirs qui lui avaient été donnés pour signifier l'arrêt, c'est vouloir qu'un acte nul ait produit le même effet qu'aurait dû produire un acte valable; c'est méconnaître la grande maxime, *quod nullum est nullum producit effectum.*

» Eh quoi! Si je donne à Pierre une procuration pour faire, en mon nom, un acte par devant notaires, et que, l'acte passé, il s'aperçoive qu'il y manque quelques-unes des formalités nécessaires pour le faire valoir comme tel, ne pourra-t-il pas, en vertu de ma procuration, en faire un nouveau?

» Si je charge un avoué de faire pour moi un acte de procédure, ne pourra-t-il pas, si cet acte se trouve nul, le recommencer sans un nouveau pouvoir?

» Si un juge délégué pour recevoir un serment décisoire, le reçoit sans que la partie contre laquelle ce serment doit être prêté, ait été appelée ni présente, ne pourra-t-il pas, après que l'autre partie s'en sera désistée, procéder contradictoirement à la réception d'un nouveau serment?

» Dans ces différens cas, et dans une foule d'autres semblables qu'il serait aussi long qu'inutile d'enumérer, l'acte nul fait en vertu d'un pouvoir légal, est considéré comme non avenu; et le pouvoir conserve toute sa force jusqu'à la substitution d'un acte valable à l'acte nul; et pourquoi n'en serait-il pas de même dans notre espèce?

» Mais ce n'est pas assez de démontrer que l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux, du 18

fevrier 1810, est contraire à la raison; il faut encore prouver qu'il est en opposition diamétrale avec la loi.

» L'art. 1030 du Code de procédure civile porte qu'*aucun exploit, aucun acte de procédure ne pourra être déclaré nul, si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi.*

» Or, existe-t-il, soit dans le Code de procédure, soit dans toute autre loi, un texte qui, lorsqu'un exploit a été fait en bonne forme par un huissier commis pour le faire, en prononce la nullité pour avoir été précédé, de la part du même huissier et pour le même objet, d'un autre exploit qui, à raison du vice dont il était entaché, est demeuré sans effet? Non.

» Existe-t-il, soit dans le Code de procédure, soit dans toute autre loi, un texte qui décide que, si l'huissier commis par un juge pour faire une Signification, la fait irrégulièrement, il faudra, sous peine de nullité, que, pour la refaire, il obtienne un nouveau pouvoir du même juge? Pas davantage.

» Mais la Cour d'appel de Bordeaux a cru pouvoir suppléer à la peine de nullité qu'elle ne trouvait pas dans la loi, en ajoutant à l'ordonnance du président du tribunal de première instance, un mot qui n'y est pas, en y ajoutant le mot *seulement*, et en lui faisant dire, au moyen de cette addition, que l'huissier Mazière n'était commis que pour une seule Signification, n'importe qu'elle fût valable ou nulle.

» Ainsi, par son arrêt, la cour d'appel de Bordeaux a tout à la fois altéré le texte de l'ordonnance du 23 décembre 1809, insulté à la saine raison et violé l'art. 1030 du Code de procédure.

» Tolérer de pareils écarts, ce serait les encourager; ce serait mettre les actes les plus réguliers à la merci d'un pouvoir arbitraire; ce serait exposer les lois au scandale d'une violation perpétuelle.

» Ce considéré, il plaise à la cour, vu l'art. 88 de la loi du 22 ventôse an 8, l'art. 780 et l'art. 1030 du Code de procédure civile, casser et annuler, dans l'intérêt de la loi et sans préjudice de son exécution entre les parties intéressées, l'arrêt ci-dessus mentionné et dont expédition est ci-jointe; et ordonner qu'à la diligence de l'exposant, l'arrêt à intervenir sera imprimé et transcrit sur les registres de ladite cour.

» Fait au parquet, le 31 octobre 1810. *Signé* Merlin.

» Ouï le rapport de M. Gandon....;

» Vu l'art. 1030 du Code de procédure civile et l'art. 780 du même Code...;

» Considérant que l'huissier, dont parle l'art. 780, commis par le jugement qui prononce la condamnation par corps, ou par le président du tribunal de première instance, reçoit évidemment la mission de faire toutes les Significations du jugement qui peuvent être nécessaires à son exécution, et pour lesquelles la loi exige un huissier particulièrement commis;

» Que la requête présentée par Casenave au président du tribunal de première instance, demandait la nomination d'un huissier pour faire la Signification de l'arrêt dont il s'agit, avec commandement par corps et autres actes subséquens;

» Que le président commit l'huissier Mazière pour procéder conformément aux dispositions de l'art. 780;

» Que cette commission n'était et ne pouvait être limitée à une première Signification de l'arrêt, encore bien que cette Signification pût renfermer quelque irrégularité;

» Qu'aucune loi ne défend à celui qui a fait faire un exploit irrégulier, de se servir du même huissier pour en faire faire un plus régulier; qu'en prononçant cette incapacité contre un huissier, et en annulant les seconds exploits régulièrement faits par lui, la cour d'appel de Bordeaux a commis un excès de pouvoir et est contrevenue formellement à l'art. 1030 du Code de procédure;

» La cour casse et annulle, dans l'intérêt de la loi, et sans préjudice de son exécution entre les parties intéressées, l'arrêt du 13 février 1810, rendu par la cour d'appel séante à Bordeaux..... ».

Au surplus, *V.* les articles *Ajournement*, *Exécution*, *Saisie*, *Contrainte par corps*, *Emprisonnement*, *Délai*, etc.]].

SIGNIFICATION A LA BRETÈQUE. *V.* l'article *Bretèque.*

* SIMULATION. Ce mot vient du latin *simul.* Il indique, suivant cette étymologie, le concert ou l'intelligence de deux ou plusieurs personnes pour donner à une chose l'apparence d'une autre. En droit, on nomme *simulé*, un acte, ou la clause d'un acte, qui n'est pas sincère.

On va traiter ici.

1° De la nature de la Simulation et de ses différentes espèces;

[[2° Des actes qui peuvent être attaqués comme simulés]];

3° De la preuve testimoniale de la Simulation;

4° De la preuve de la Simulation par des présomptions;

[[5° De l'effet de la preuve qu'un contrat

à titre onéreux en apparence, n'est qu'une donation simulée]];

6° Des cas où l'on peut opposer la Simulation dans un acte où l'on a été partie.

§. I. *De la nature de la Simulation et de ses différentes espèces.*

Denisart dit « que la Simulation est si ressemblante au dol, *qu'elle n'en diffère qu'en ce que le dol personnel n'est ordinairement que l'ouvrage de l'un des contractans*, au lieu que la Simulation est presque toujours l'ouvrage de plusieurs ».

Il est bien vrai que l'objet de la Simulation est le plus souvent de tromper les autres hommes, et, sous ce point de vue, elle est comprise sous le nom général de fraude; elle n'en diffère que comme l'espèce du genre. Il faut, pour l'opérer, le concours de plusieurs contractans qui soient d'intelligence pour tromper des tiers ou les magistrats, tandis que la fraude se fait bien souvent par l'un des contractans seul, au préjudice de l'autre.

Mais il y aussi des Simulations qui ne sont pas frauduleuses : il y en a même qui sont autorisées par les lois ou la jurisprudence; et peut-être ne trouverait-on pas un seul pays où ces sortes de Simulations n'aient été en usage pour transférer la propriété des biens, et pour l'assurer aux acquéreurs.

Les stipulations aquiliennes, les émancipations, suivant l'ancien droit romain, et une quantité d'autres actes, n'étaient que des Simulations

On fait un très-grand usage de ces fictions dans le droit anglais, témoin Blackstone, des *fines* et des *commun recoveries*, dans son *Analyse des lois d'Angleterre*, liv. 2, chap. 16, et dans ses *Commentaires* sur les mêmes lois, liv. 2, chap. 26. Les ventes par *nécessité jurée*, usitées en Flandre, en Artois et en Ponthieu, ne sont guère autre chose que des Simulations légales; et la plupart des procédures qui servaient ci-devant de base aux décrets volontaires, étaient dans le même cas.

On peut dire, en général, que toutes ces Simulations indiquent un vice dans la législation où elles sont admises, et la nécessité d'un nouveau réglement qui remplisse le même objet d'une manière plus conforme à la vérité et à la sainteté des lois.

Presque toutes les autres Simulations qui sont du ressort de la jurisprudence, sont frauduleuses. Elles ont communément pour objet d'éviter l'effet d'une loi prohibitive, le paiement de quelque imposition ou de quelque droit, les réclamations des créanciers de l'un des contractans, ou ceux qui ont des droits quelconques sur ses biens. Ainsi, les personnes qui ne peuvent pas en avantager une autre, font une donation ou un legs simulé à un tiers qui s'est engagé à en restituer l'objet à la personne prohibée; un acquéreur déguise la vente qui lui est faite, sous la forme d'un bail à rente, d'un échange, d'une donation, pour éviter le paiement des droits seigneuriaux ou les retraits. Les usuriers pallient, sous différentes formes, les prêts usuraires que la loi leur défend de faire.

Il n'est pas besoin de s'inscrire en faux contre un acte suspect de Simulation : cette voie n'est nécessaire que dans le cas d'un contrat *falsifié*, qui diffère entièrement d'un contrat simulé. C'est ce qu'a fort bien remarqué Dumoulin, sur l'art. 3 du chap. 31 de la coutume de Nivernais, où il dit, en parlant d'une vente dont un retrayant soupçonne le prix moindre que celui qui est exprimé dans le contrat : *nec tenebitur instrumentum arguere de falso, quia aliud merum falsum, aliud simulatio.* Mais on se pourvoit contre un acte simulé, par une simple demande à ce qu'il soit déclaré tel.

[[Il y a cependant là-dessus une distinction à faire. *V.* l'article *Faux*, sect. 1, §. 4 et 5.

§. II. *Quels actes peuvent être argués de Simulation?*

En général, tout acte qui est simulé, peut être attaqué comme tel par ceux au préjudice ou en fraude desquels a été pratiquée la Simulation qui s'y rencontre.

Mais n'y a-t-il pas des actes qui, par leur nature, ne peuvent jamais être simulés, et qui doivent être considérés comme sincères, par cela seul qu'ils existent?

Par exemple, un mariage contracté légalement entre un homme et une femme capables de se marier, un divorce légalement prononcé entre deux époux, ne sont ils pas à l'abri de toute attaque du chef de Simulation?

La question s'est présentée pour le divorce, dans une espèce qui est rapportée dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Divorce*, §. 6. Dans cette espèce, la cour d'appel de Limoges avait, par arrêt du 26 messidor an 9, jugé que deux époux qui, après la prononciation de leur divorce, continuent de vivre ensemble, ne peuvent pas être supposés avoir eu véritablement l'intention de rompre le lien qui les unissait, et elle avait, sur ce fondement, déclaré que Marie Brandi (c'était le nom de la femme) ne pouvait pas, quant à présent, exercer contre l'acquéreur de son

fonds dotal, des droits qui ne pouvaient s'ouvrir à son profit qu'à la dissolution du mariage. Mais, sur la demande en cassation formée contre cet arrêt, la cour de cassation ne l'a maintenue, par celui qu'elle a rendu le 1er messidor an 11, que parceque le divorce n'avait pas été suivi des formalités requises par la loi du 20 septembre 1792, pour lui donner son effet contre des tiers.

A l'égard du mariage, la question a été agitée depuis devant la cour d'appel de Lyon.

Le 2 fructidor an 12, la demoiselle Rey, attaquée d'une phthisie, épouse le sieur Broisin, son médecin. Le 28 du même mois, elle fait un testament par lequel, après quelques dispositions particulières, elle institue son mari héritier universel. Le 2e jour complémentaire suivant, elle meurt. Ses frères attaquent son mariage et l'institution contenue dans son testament.

L'institution (disent-ils) serait incontestablement nulle, si le testament n'avait pas été précédé d'un mariage. Car les médecins sont déclarés par l'art. 909 du Code civil, incapables de profiter des dispositions entre-vifs ou testamentaires des personnes qu'ils ont traitées avant leur dernière maladie. Le sieur Broisin n'a donc feint d'épouser la demoiselle Rey, que pour éluder la prohibition de la loi. Mais a-t-il existé, a-t-il pu exister entre eux un mariage sérieux et réel? Non. La demoiselle Rey touchait à sa dernière heure, lorsqu'elle a extérieurement contracté ce mariage; elle n'a survécu que trente jours à la cérémonie nuptiale: quelle apparence que, dans une pareille position, elle ait eu la pensée de prendre un mari? Quelle apparence que le sieur Broisin ait eu l'intention de la prendre pour épouse?

Le défenseur du sieur Broisin répondait:

« Il ne faut pas confondre le mariage et les conventions matrimoniales. Le mariage, par son importance, comme par sa nature, est de droit public. C'est un acte dans lequel la société entière est, pour ainsi dire, partie: voilà pourquoi la loi l'a environné de formalités si nombreuses et si ostensibles: elle a voulu que les citoyens fussent instruits d'un acte qui, sous plusieurs rapports, les intéresse tous. Les conventions matrimoniales, au contraire, appartiennent au droit civil. Les futurs ont, à cet égard, la plus grande latitude. La loi ne pose d'autres bornes à leurs volontés que l'ordre public et les bonnes mœurs, qu'il n'est permis de violer dans aucun pacte quelconque. Le contrat de mariage proprement dit est donc un acte privé, soumis aux règles qui régissent tous les contrats. C'est pourquoi le titre *du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, ne vient, dans le Code civil, qu'après le titre *des contrats ou des obligations conventionnelles en général*; titre que l'on peut avec raison regarder comme contenant le prolégomène de tous ceux qui le suivent. Cette différence établie, le principe de Montesquieu, qu'il ne faut pas décider par les règles du droit civil, quand il s'agit d'un acte ou d'un fait qui appartient au droit public, reçoit ici son application, et facilite singulièrement la solution de la question.

» En effet, on ne doit considérer que le seul titre *du mariage*, et on y voit que le Code civil a tout réglé relativement à cet acte. Les moyens de nullité sont circonscrits dans un cercle très-étroit. On y dit par qui, quand et comment ils peuvent être opposés; et de cela seul que la Simulation n'est point comprise dans le nombre de ces nullités, on peut avancer avec assurance que les appelans sont non-recevables; car c'est un principe généralement reconnu que les nullités ne se suppléent pas.

» Le moyen de Simulation, dans l'espèce, est même absurde: il suppose que, le sieur Broisin et la demoiselle Rey n'ont pas eu intention de se marier, qu'ils ne se sont pas réellement mariés, qu'il n'y a pas eu consentement de leur part; et pourquoi cette étrange supposition?

» Parceque, selon les appelans, la demoiselle Rey était attaquée d'une maladie qui la menaçait d'une mort prochaine; que le sieur Broisin, son médecin, avait tant d'empire sur elle, qu'il l'avait portée à se faire donner la totalité de sa fortune; mais que le Code civil s'y opposait, et que c'est pour l'éluder, que le mariage a été contracté.

» Mais qui ne sent pas que, si les époux ont eu l'intention d'éluder la disposition de l'art. 909, ils ont par là même eu celle de se marier, et que cette intention se manifeste ostensiblement par l'exécution fidèle de toutes les formalités requises pour célébrer le mariage? Il est d'ailleurs des moyens légitimes d'éluder la loi, ou plutôt il est des cas où il n'est pas permis de pénétrer dans les consciences des parties. C'est ainsi que les père et mère d'un enfant naturel légalement reconnu, qui ne peuvent lui donner, pas même indirectement, au-delà de ce que la loi lui accorde, peuvent, s'ils se marient, lui transmettre tous leurs biens. Mais, lors même que le sieur Broisin et la demoiselle Rey n'auraient pas eu intention de s'épouser, et quand il n'y aurait pas ce qu'on appelle consentement respectif, eux seuls peuvent opposer ce moyen de nullité: l'art. 180 du Code le refuse à tout autre.

» Vainement opposerait-on que l'ancienne jurisprudence présente un grand nombre de mariages faits pendant la dernière maladie de l'un des époux, qui furent déclarés nuls et simulés. Ce serait faire revivre la déclaration abolie de 1639, prohibitive des mariages *in extremis*.

» Quelles funestes conséquences sont attachées au système des appelans ! Si, après avoir épousé la demoiselle Rey, et avant son décès, le sieur Broisin eût contracté un second mariage, aurait-il pu opposer au vengeur public qui l'aurait poursuivi comme bigame, le moyen frivole qu'on lui oppose et dire : *Mon premier mariage était simulé; que me demandez-vous! Je suis hors de l'atteinte de la loi.* Et n'aurait-on pas pu répondre aux enfans de cette union, qui, après la mort de leur mère, seraient venus en réclamer l'entière succession : *Le mariage était simulé, vous êtes illégitimes, vous n'avez droit qu'à une faible part du bien de votre mère?*

» Un moyen qui présente de tels résultats, ne peut qu'inspirer l'indignation ».

Par arrêt du 18 août 1807 : « attendu que le » mariage de Broisin avec la demoiselle Rey » avait été contracté suivant toutes les formes » voulues par la loi ; que l'acte civil constate » que le futur et la future s'étaient transportés à la mairie pour faire rédiger leur acte » de célébration de mariage ; que, d'un autre côté, et antérieurement à l'acte civil, » il y avait eu entre Broisin et la demoiselle » Rey, contrat de mariage pardevant notaire, » pour régler les conventions matrimoniales; » que, dès-lors, un tel mariage ne peut, aux » yeux de la loi, être suspecté de Simulation »; la cour d'appel de Lyon, en confirmant le jugement du tribunal de première instance, rejette la demande des héritiers de la demoiselle Rey.

Ceux-ci se pourvoient en cassation ; mais sentant bien qu'il ne peuvent pas attaquer l'arrêt, en tant qu'il juge le mariage non simulé, ils se bornent à soutenir que l'incapacité attachée à la qualité de docteur en médecine n'a pas été effacée, dans la personne du sieur Broisin, par celle de mari ; et qu'ainsi la cour d'appel a violé l'art. 909 du Code civil.

Par arrêt du 30 août 1808, au rapport de M. Borel,

« Attendu que le Code civil, par l'art. 1094, laisse aux époux la faculté de s'avantager réciproquement, dans les limites y énoncées, de tout ce dont ils peuvent disposer en faveur d'un étranger; que l'art. 212 impose aux époux les devoirs mutuels de fidélité, secours et assistance ; d'où il résulte que ce n'est pas pour les époux qu'a été établie la prohibition générale contenue dans l'art. 909;

» La cour rejette le pourvoi.... ».]]

§. III. *De la preuve testimoniale de la Simulation.*

Lorsque la Simulation d'un acte est opposée par des tiers dont elle tend à frauder les droits, il n'est pas douteux que la preuve par témoins n'en doive être reçue. L'existence d'un acte, quelque authentique qu'il soit, ne prouve rien autre chose contre des tiers, si ce n'est qu'il a été passé ; il n'en établit point la sincérité.

D'Argentrée, sur l'art. 269 de la coutume de Bretagne, traite d'insensée (*stulta*) l'opinion de ceux qui regardaient la question comme problématique, en se fondant sur l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins, qui défend de recevoir la preuve par témoins, *contre le contenu au contrat, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit ou convenu avant icelui, lors ou depuis.* Ce jurisconsulte ajoute, sur l'art. 250, que les contrats simulés ne sont pas proprement des contrats : *Colorem habent*, dit-il énergiquement, *substantiam verò nullam ; nulla quippè conventio initur, nullùs contractus agitur, sed fingitur.*

Balde dit aussi (sur la loi 1, C. *plus valet quod agitur* et sur la loi 4, C. *mandati*) *quod hujus modi contractus est tanquàm corpus sine animâ, et dicitur coloratus, depictus, extrinsecùs apparens, intrinsecùs nihil habens.* Il assure même qu'une tradition simulée ne transfère point la possession.

Les plus éclairés de nos jurisconsultes sont du même avis, et Dumoulin le décide ainsi sur le §. 23 de la coutume de Paris, gl. 2, n° 19.

On trouve dans Brodeau sur Loüet, lettre T, §. 7, deux arrêts des années 1607 et 1619, par lesquels on a admis la preuve par témoins de la Simulation d'un contrat d'échange, au profit de ceux qui prétendaient exercer le retrait du fonds y énoncé, comme étant une vente déguisée.

Rousseaud de Lacombe, fils, rapporte, dans le *Recueil des arrêts et réglemens notables*, imprimé en 1743, un arrêt du parlement de Paris, du 16 avril 1738, qui a admis la preuve par témoins de la soustraction d'une contre-lettre par laquelle on disait que les motifs expliqués dans l'acte étaient simulés.

Tous nos recueils contiennent des arrêts semblables.

Anselmo, sur l'art. 22 de l'édit perpétuel de 1611, Romelius et le commentateur ano-

nyme du même édit, assurent aussi qu'il n'exclut point la preuve par témoins dans ce cas.

Stockmans est du même avis dans sa décision 120.

On peut voir à la fin des observations de Danty sur le chap. 7 du *Traité de la preuve par témoins*, une foule de décisions des jurisconsultes étrangers, qui ont interprété de même des statuts prohibitifs de la preuve testimoniale.

Les docteurs, et Danty, d'après eux, à l'endroit cité, n° 49, examinent quelles sont les présomptions qui peuvent faire admettre la preuve par témoins de la Simulation d'un contrat « On ne doit jamais l'admettre (dit » ce dernier auteur) contre un acte par écrit, » s'il n'y a présomption de fraude ou de Simu» lation évidente. En ce cas, ce n'est pas as» sez d'articuler que le contrat est frauduleux » ou simulé; pour obtenir cette preuve, il faut » spécifier quelle est la fraude dont on se » plaint; de quelle manière on prétend justi» fier que l'acte en question est simulé, et » marquer précisément ceux qu'on accuse d'a» voir commis la fraude, ce qui se peut in» duire de la loi 16, D. *de dolo: Item exigit* » *prætor ut comprehendatur quid dolo malo* » *factum sit. Scire enim debet actor in quâ* » *re circumscriptus sit, nec in tanto crimine* » *vagari*; et de la loi 2, D. *de doli mali ex*» *ceptione* : *Specialiter exprimendum est de* » *cujus dolo quis queratur* ».

Danty propose ensuite les présomptions qu'il juge propres à faire admettre la preuve de la Simulation. Mais toutes ces règles ne peuvent guère s'appliquer à la preuve testimoniale que des tiers demanderaient à faire de la Simulation; et s'il offrent d'en donner une décisive, il semble qu'il n'est pas nécessaire d'avoir des présomptions, quoiqu'il faille avouer que les présomptions et les dépositions des témoins peuvent très-souvent s'aider mutuellement. Les lois que Danty cite, ne parlent pas de la Simulation qui tend à tromper des tiers, mais du dol que l'un des contractans commet au préjudice de l'autre.

Tel paraît être le sentiment de Pothier, *Traité des obligations*, n° 776: « La défense » de la preuve testimoniale (dit-il) contre » et outre le contenu aux actes, ne regarde » que les personnes qui y ont été parties, qui » doivent s'imputer d'y avoir laissé compren» dre ce qui y est compris, et de ne s'être pas » fait donner une contre-lettre, ou d'avoir » omis quelque chose de ce qui devait y être » compris; mais cette défense ne peut con» cerner les tiers, en fraude desquels on pour» rait énoncer, dans les actes, des choses » contraires à la vérité de ce qui s'est passé; » car, rien ne pouvant être imputé à ces tiers, » on ne doit pas leur refuser la preuve testi» moniale de la fraude qui leur est faite, » n'ayant pas été en leur pouvoir d'en avoir » une autre ».

[[*V.* l'article *Preuve*, sect. 2, §. 3, art. 1, n° 23.]]

§. IV. *De la preuve de la Simulation par des présomptions.*

Lorsqu'il n'y a ni preuve par écrit ni preuve testimoniale de la Simulation, ceux dont on a voulu frauder les droits, peuvent aussi la prouver par de simples présomptions. *V.* l'article *Indices*.

Les interprètes du droit, qui ont voulu tout dire et tout épuiser, ont tenté de déterminer combien il fallait de présomptions, et quel caractère elles devaient avoir, pour faire une preuve suffisante dans cette matière. Cæpolla donne beaucoup de détails là-dessus dans son traité; il regarde comme des présomptions d'un grand poids, des pactes insolites apposés dans des contrats, des conventions extrêmement avantageuses à l'une des parties, et particulièrement le prix d'une vente qui n'a aucun rapport avec la valeur de la chose vendue, et les précautions que les contractans ont prises pour tenir l'acte long-temps caché.

On peut voir d'autres détails dans Menochius, *de præsumptionibus*.

Danty, dans ses additions sur Boiceau, chap. 8, n° 57, prétend, d'après ces auteurs, que les présomptions de fraude et de Simulation peuvent se réduire à six principales.

La première est, dit-il, la qualité des personnes qui disposent, quand la loi leur a défendu de contracter ensemble, ou quand elle a attaché aux dispositions qu'elles peuvent faire, certaines solennités qu'elles n'ont pas observées; par exemple, entre le mari et la femme, le pupille et son tuteur, etc.

La seconde est la qualité de certaines dispositions ou conventions que la loi a spécialement défendues à ces sortes de personnes, comme les donations entre-vifs, entre conjoints durant le mariage;

La troisième est la qualité des choses dont elle leur a interdit la disposition, comme celles des propres par testament au-delà du quint;

La quatrième, la qualité des clauses de la disposition, quand elles sont insolites ou équivoques;

La cinquième, quand ces personnes con-

tractent dans un temps où il leur est expressément défendu de contracter ;

La sixième, quand il paraît manifestement par les autres circonstances du fait, que l'acte a été simulé ou concerté frauduleusement, pour en faire retomber l'effet sur un tiers qui n'y a point été appelé.

Mais les trois premières espèces de ces prétendues présomptions, et la cinquième, sont plutôt des moyens de nullité que des indices de Simulation ; et la dernière n'est que l'assemblage de toutes les présomptions qu'on peut alléguer pour prouver la Simulation d'un acte.

Le même auteur examine, au n° suivant, quel nombre de présomptions est nécessaire pour juger si un contrat est simulé ou frauduleux.

« La plupart (dit-il) demeurent d'accord » que, quand il s'en rencontre trois conformes » entr'elles, si elles sont considérables par » elles-mêmes, et essentielles au fait qu'il s'a- » git de découvrir, et notamment si la loi les » a marquées expressément, telles que celles » qui sont ci-dessus exprimées, elles doivent » suffire pour faire une preuve entière de la » Simulation. Alexandre, *consil.* 190, *lib.* 7 » Coquille, sur l'art. 40, de la coutume de Ni- » vernais ; Valla, *de rebus dubiis*, le décident » ainsi ; et Dumoulin, titre *des fiefs*, §. 33, » gl. 2, n° 69, le même sur la règle *de infir-* » *mis*, n^os^ 111 et 112, et dans son traité *de usu-* » *ris*, quest. 56, n° 392, ajoute qu'il y a même » des cas où deux présomptions suffisent ».

Cependant Danty pense, avec raison, que, la loi n'ayant point fixé ce nombre, cela dépend toujours de la prudence du juge, qui peut mieux connaître que personne, par la qualité du fait, ce qu'il en doit déterminer ; et qu'il ne suffit pas que plusieurs présomptions se rencontrent ensemble, si ces présomptions de fraude sont combattues par d'autres aussi fortes, qui puissent faire présumer la bonne foi des contractans, parceque le dol ne peut se prouver que par des indices manifestes, suivant la loi 6, C. *de dolo malo* ; et non par des présomptions vagues et incertaines, ou qui peuvent avoir un sens tout opposé à celui qu'on leur donne.

« Enfin (dit cet auteur), puisqu'on est obligé de s'en rapporter à des présomptions, lorsque la preuve par écrit ou la preuve testimoniale viennent à manquer ; puisque c'est sur ces présomptions qu'elle se détermine, il s'ensuit que la loi regarde les présomptions comme des témoins. On doit donc y exiger les mêmes qualités que celles que la loi requiert dans la déposition des témoins, pour y ajouter une croyance entière..... (1)

» Ainsi (continue Danty), pour qu'une présomption puisse déterminer le juge (2), il faut que cette présomption de Simulation ou de fraude, qu'on oppose contre le contrat, soit soutenue par d'autres présomptions, et que ces présomptions aient de la liaison les unes avec les autres, de telle sorte qu'elles ne se démentent point, et que l'une naisse, en quelque façon, de l'autre ; car plusieurs présomptions légères de fraude ne doivent être d'aucune considération, parceque ce n'est pas de leur nombre qu'il faut tirer certitude, c'est de leur vraisemblance et de leur conformité entr'elles : enfin, une seule présomption, quelque forte qu'elle puisse être, quand ce n'est pas une de celles appelées *juris et de jure*, ne doit jamais déterminer le juge contre un acte par écrit, qui, ayant pour lui l'autorité et le sceau de la loi, mérite toute la croyance qu'exigerait la vérité même ».

On peut ajouter à ces réflexions, que, dans une matière aussi indéterminée, la même règle ne peut pas servir pour toutes les espèces de Simulations. Il faut, par exemple, des preuves plus graves pour établir la Simulation, lorsque c'est l'une des parties contractantes qui l'allègue, que lorsqu'elle est opposée aux contractans par des tiers ; et lorsqu'il s'agit d'une Simulation qui serait dans le cas d'être poursuivie criminellement, telle qu'une usure énorme, que lorsqu'on ne plaide que pour des intérêts civils, par exemple, sur la vérité d'un legs adressé à telle ou telle personne, sur le déguisement d'un contrat équipollent à vente en une autre sorte de contrat, etc. Trop de jurisconsultes ont enseigné le contraire ; mais la voix de la raison et de l'humanité, l'honneur et l'état des citoyens, veulent que là où la condamnation est plus grave, on exige des preuves moins incertaines.

L'autorité des arrêts est on ne peut pas plus légère pour ce qui concerne les présomptions propres à prouver la Simulation. Ce n'est pas seulement parceque les arrêtistes ne sont pas toujours informés d'une infinité de circonstances qui ont pu déterminer les magistrats, mais aussi parceque le concours des mêmes circonstances se rencontre très-rarement dans deux affaires *différentes* ; et que la qualité des parties, leur état, leurs liaisons, leur fortune, et beaucoup d'autres points semblables peu-

(1) *V.* l'article *Présomption*, §. 4, n°. 2

(2) Danty suppose ici qu'il faut des présomptions de Simulation pour en faire admettre la preuve testimoniale ; mais on a fait voir à la fin du précédent paragraphe, que cela n'est pas nécessaire.

vent avoir beaucoup d'influence sur l'opinion des juges. Il y a néanmoins des matières où la Simulation est si commune et s'opère si souvent de la même manière, que les lois même ont adopté certaines circonstances comme formant des présomptions de droit pour la Simulation.

[[§. V. 1° *Quel est l'effet de la preuve qu'un contrat à titre onéreux en apparence, n'est qu'une donation simulée ?*

2° *Quel est l'effet de la preuve qu'un contrat onéreux a une autre cause légitime que celle qui y est exprimée ?*

3° *Quel est l'effet de la preuve qu'une donation qualifiée de mutuelle, et dans laquelle il y a défaut de réciprocité, n'est, de la part de celui qui a réellement donné, sachant qu'on ne lui donnait rien, qu'une donation simple ?*

I. La première de ces questions revient à celle de savoir si une libéralité déguisée sous les couleurs d'un contrat à titre onéreux, peut, faute d'être revêtue des formalités des donations entre-vifs, être annulée sur la réclamation des héritiers du donateur ; et l'on a vu à l'article *Donation*, sect. 2, §. 6, combien les arrêts, même de la cour de cassation, ont, pendant quelque temps, varié à cet égard.

En voici un qui a encore augmenté l'incertitude.

Le 21 brumaire an 10, contrat notarié par lequel la dame de Fongy vend un domaine au sieur Lempérière, son petit-fils, moyennant une somme de 38,000 francs et une rente viagère de 457 francs.

La dame de Fongy meurt avant la publication du Code civil, et par conséquent sous l'empire de la loi du 4 germinal an 8.

Sa fille, mère de l'acquéreur, remariée au sieur Debonis, attaque cette vente comme simulée, et ne contenant, sous les apparences d'un contrat à titre onéreux, qu'une donation véritable.

Le sieur Lempérière soutient que la vente est sincère, qu'il en a réellement payé le prix, et qu'après tout, fut-elle simulée, elle vaudrait au moins jusqu'à concurrence de la quotité dont la venderesse pouvait disposer à titre gratuit, d'après la loi du 4 germinal an 8.

La dame Debonis réplique que, si la vente est simulée, comme elle le soutient, elle doit être annulée pour le tout, parcequ'elle est dépourvue des formalités nécessaires pour la faire valoir comme donation entre-vifs.

Par jugement du 18 janvier 1806, le tribunal de première instance de Rouen, adoptant le système de la dame Debonis, déclare l'acte de vente nul et de nul effet.

Appel ; et arrêt du 6 avril 1807, par lequel la cour de Rouen dit qu'il a été bien jugé.

Le sieur Lempérière se pourvoit en cassation. Mais par arrêt rendu à la section des requêtes, le 24 novembre 1808, au rapport de M. Bailly,

»Considérant que la cour d'appel de Rouen n'a violé aucune loi, soit en jugeant, d'après les faits et les circonstances de la cause, que le prétendu contrat de vente du 21 frimaire an 10 était frauduleux et simulé, soit en déclarant, par suite, cet acte nul et de nul effet pour le tout ; et qu'en prononçant ainsi, malgré que la prétendue venderesse eût pu donner, *selon les formes légales*, la portion dont la loi du 4 germinal an 8 lui accordait la faculté de disposer *à titre gratuit*, ladite cour d'appel n'a contrevenu ni à cette loi, ni à aucune autre, puisque l'acte contentieux n'était pas revêtu des formes exigées par les lois *pour la validité des donations* entre-vifs ou à cause de mort ;

» La cour rejette le pourvoi....».

En rapprochant cet arrêt de celui de la même section, du 15 brumaire an 14, on trouve sans doute, entre l'un et l'autre, cette différence, que, dans l'espèce de celui-ci, les héritiers qui attaquaient la vente comme renfermant une donation simulée, étaient des collatéraux auxquels la loi n'accordait aucune réserve, au lieu que, dans l'espèce de l'arrêt du 24 novembre 1808, c'était par une fille, et conséquemment par une héritière ayant droit de réserve, que la Simulation de la vente était articulée et prouvée.

Mais qu'importe cette différence? L'héritier à qui la loi accorde une réserve, n'a certainement pas plus de droit sur la portion disponible, que n'en ont les héritiers collatéraux sur l'universalité des biens du défunt. Dès-lors, de deux choses l'une : ou l'arrêt du 15 brumaire an 14 avait mal jugé en décidant que les héritiers à qui la loi n'accorde point de réserve, sont non-recevables à attaquer une vente sous le prétexte qu'elle n'est qu'une donation feinte; ou l'arrêt du 24 novembre 1808 aurait dû juger, par le même principe, que la dame Debonis ne pouvait pas attaquer, quant à la portion disponible, la vente faite par sa mère au sieur Lempérière.

Encore un mot. J'ai dit à l'article *Donation*, sect. 2, §. 6, que du texte du Code civil qui n'annulle les dispositions *sous la forme d'un contrat onéreux*, que lorsqu'elles tendent à avantager un *incapable*, il sort un très-puis-

sant argument pour la validité des dispositions faites dans cette forme, par une personne habile à disposer, au profit d'une personne habile à recevoir; et je dois ajouter ici que cet argument est singulièrement fortifié par la manière dont l'orateur du gouvernement, M. Bigot de Préameneu, a expliqué le texte dont il s'agit, dans *l'exposé des motifs* du titre *des donations entre-vifs et des testamens*.

« Ce serait en vain (a-t-il dit) que la loi aurait déclaré les personnes qui viennent d'être désignées, incapables de recevoir, si on pouvait déguiser la donation entre-vifs sous le titre de contrat onéreux, ou si on pouvait disposer sous le nom de personnes interposées. C'est à la prudence des juges, lorsque le voile qui cache la fraude, est soulevé, à ne se déterminer que sur des preuves, ou au moins sur des présomptions assez fortes, pour que les actes dont la fraude s'est enveloppée, ne méritent plus aucune confiance.

» Si c'est un acte déguisé sous un titre onéreux, il doit être annulé, lorsqu'il est prouvé que celui qui l'a passé, n'a pas voulu faire un contrat onéreux qui lui était permis, mais que son intention a été d'éluder la loi, en disposant au profit d'une personne incapable ».

Au surplus, comme je l'ai annoncé au mot *Donation*, la jurisprudence est aujourd'hui bien fixée sur ce point.

Voici une espèce dans laquelle, en consacrant la doctrine que je viens d'établir, la cour de cassation a jugé que, pour décider si un contrat de vente est nul ou réductible, comme donation déguisée et excédant la portion disponible, on doit s'attacher, non aux lois qui étaient en vigueur à l'époque de la vente ou donation, mais à celle du temps de la mort du vendeur ou donateur.

Le 4 vendémiaire an 7, la dame Samson vend la moitié d'une ferme au sieur Labarbe. Peu de temps après, le sieur Labarbe épouse la demoiselle Bréant, fille d'une sœur de la dame Samson.

En messidor an 8, la dame Samson meurt. Deux de ses sœurs, autres que celle dont la fille est mariée au sieur Labarbe, prétendent faire rapporter à sa succession la moitié de ferme que celui-ci a achetée d'elle; et, à cet effet, elles soutiennent que la vente de ce bien n'a été, de sa part, qu'une donation déguisée dont elle a voulu gratifier la dame Labarbe, fille de l'une de ses héritières présomptives, au mépris de la défense que lui en faisait la loi du 17 nivôse an 2.

Le sieur et la dame Labarbe répondent qu'il est faux que la vente du 4 vendémiaire an 7 ait été simulée pour déguiser une donation; mais que, l'eût-elle été, elle ne serait pas nulle pour cela.

Le 21 juillet 1808, arrêt de la cour d'appel de Rouen, qui, attendu que la prétendue vente du 4 vendémiaire an 7, n'est qu'une donation simulée, et qu'elle est nulle, d'après les art. 8 et 16 de la loi du 17 nivôse an 2, lesquels, à l'époque où elle a été passée, prohibaient tout avantage aux successibles, ordonne que la moitié de ferme dont il s'agit, sera rapportée à la Succession de la dame Samson.

Le sieur et la dame Labarbe se pourvoient en cassation; et par arrêt du 22 août 1810, au rapport de M. Rousseau,

« Vu les art. 9 et 26 de la la loi du 17 nivôse an 2, et l'art. 3 de celle du 4 germinal an 8:

» Attendu que, si l'on considère l'acte du 4 vendémiaire an 7 comme une vente, il n'était pas nul; puisqu'aucune loi ne se serait opposée à son execution;

» Que, si on le considère, au contraire, comme une donation déguisée par l'interposition de la personne du sieur Labarbe, devenu depuis le mari de la demoiselle Angélique-Flore Bréant, cette donation n'aurait été que réductible;

» Qu'en effet, la loi du 18 nivôse an 2 n'établisssait pas une incapacité absolue dans la personne d'un co-successible, mais annulait seulement, pour le maintien de l'égalité, l'avantage fait à l'un des héritiers au préjudice des autres;

» Que le droit de ceux-ci n'a pu prendre naissance qu'à l'instant du décès de la dame veuve Samson, et tel que le fixait alors la loi du 4 germinal an 8, qui ne prononçait en leur faveur qu'une réserve de moitié des biens de la donation; que, s'il eût été justifié que cette réserve légale eût été entamée, l'avantage prétendu fait indirectement à la dame Labarbe, aurait été réductible d'après cette loi; mais il n'aurait pu être anéanti en entier, la dame Labarbe pouvant retenir, par l'effet d'une donation indirecte, la quotité de biens dont elle aurait pû être avantagée directement;

» Qu'ainsi, il y a, sous ce rapport, fausse application des art. 9 et 26 de la loi du 17 nivose an 2, et contravention à l'art. 3 de la loi du 4 germinal an 8;

» La cour casse et annulle.... ».

La question s'est représentée peu de temps après, et a encore été jugée de même.

Le 30 décembre 1794, acte sous seing privé, devant témoins, par lequel les sieur et dame Schamp vendent conjointement, à Lucie Vandendael, quelques héritages situés à Melden,

moyennant 10,000 florins payés comptant, et sous la réserve de l'usufruit d'une partie des biens pendant la vie des vendeurs.

Le sieur Schamp meurt en 1802.

Le 23 nivôse an 12, ses héritiers font assigner Lucie Vandendael devant le tribunal civil d'Audenarde, en désistement de ces biens.

Lucie Vandendael produit, pour sa défense, l'acte du 30 décembre 1794.

Les héritiers attaquent cet acte *comme simulé entre un époux adultère et sa concubine.*

Sur la dénégation des faits de concubinage, un jugement admet la preuve de ceux qui ont rapport à la prétendue Simulation.

Il est, en conséquence, procédé de part et d'autre à des enquêtes.

Par jugement définitif du 28 mai 1806, le tribunal civil d'Audenarde « déclare le contrat dont il s'agit, nul et inopérant, comme n'ayant jamais existé sérieusement ».

Lucie Vandendael appelle de ce jugement, et soutient « qu'il n'y a pas lieu à présumer la » Simulation, puisque, soit que l'on se reporte » à la date de l'acte, soit qu'on le considère » au temps de la mort de Schamp, il était » aussi libre de lui faire une donation qu'une » vente; ce qui exclud toute présomption de » Simulation ».

Le 26 décembre 1807, arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, qui met l'appellation au néant,

« Attendu qu'il résulte des enquêtes les indices les plus violens d'un commerce adultérin entre feu Schamp et Lucie Vandendael; que la vente dont il s'agit, n'a jamais été connue pendant la vie dudit Schamp; qu'au contraire, ce dernier est resté en possession et jouissance de ses biens jusqu'à son décès; que de la réunion de ces circonstances et autres du procès, il résulte qu'il n'y a jamais eu de la part de Schamp, de volonté sérieuse de transporter les biens dont il s'agit, à titre de vente, non plus qu'un consentement formel de la part de Lucie Vandendael à en payer la valeur;

» Que, d'après les coutumes générales de la Flandre, et notamment d'après la disposition formelle de l'art. 1er de la rubr. 11 de la coutume d'Alost, il fallait, pour qu'une donation entre-vifs fût valable, que le donateur se démît et fît la tradition de la propriété des biens donnés (1), et que le donataire l'acceptât; ce qui ne pouvait se faire que par un acte de désheritance et d'adhéritance en forme; que, dans l'espèce, il n'y a jamais eu de désheritance ni d'adhéritance des biens compris dans l'acte contesté;

» Que, quant aux formes essentielles à l'acte, il ne peut y avoir de différence entre une donation expresse et une donation déguisée renfermée dans un acte de vente, celle-ci rentrant plutôt dans la classe des donations directes, que dans celle de simples libéralités déguisées; et que du système contraire, il résulterait que l'on pourrait, par des voies indirectes, eluder des lois positives, ce que l'on ne peut supposer...».

Lucie Vandendael se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et persiste à soutenir « que » feu Schamp avait pu lui faire une donation » sous la forme d'une vente, puisque, lors de » l'acte, et à l'époque de son décès, il était » capable de donner directement, et qu'elle » n'était elle-même frappée d'aucune incapa» cité ».

Les héritiers du sieur Schamp répondent que, « considéré comme vente, l'acte dont il » s'agit n'est pas valable, parcequ'il n'y est pas » énoncé qu'il ait été fait double; que, consi» déré comme donation déguisée sous la forme » de vente, le même acte est frappé aussi de » nullité, cette donation se trouvant faite par » feu Schamp en faveur de sa concubine ».

Par arrêt du 19 novembre 1810, au rapport de M. Cochard,

« Attendu, 1° que les défendeurs n'avaient proposé, ni en première instance, ni en cause d'appel, comme moyen de nullité de l'acte de vente sous seing-privé passé entre le sieur Schamp et la demoiselle Lucie Vandendael, le 30 décembre 1794, l'omission de *l'énonciation de fait double;* et que l'usage adopté par les lois françaises, anciennes et nouvelles, de rédiger dans cette forme les actes synallagmatiques sous signatures privées, était inconnu dans la ci-devant Belgique, où aucune loi de ce pays ne les assujetissait à cette formalité (1);

» Attendu 2° que, d'une part, la défenderesse n'ayant pas été jugée par l'arrêt attaqué, personne incapable de recevoir des libéralités directes ou indirectes de la part du sieur Schamp, dénommé vendeur dans l'acte dudit jour 30 décembre 1794; celui-ci, de l'autre, ayant eu, soit à cette date, soit à l'époque de son décès, la libre disposition des biens y compris, parcequ'ils n'étaient frappés d'aucune prohibition, soit légale, soit conventionnelle, il est d'une conséquence nécessaire que ledit acte doive subsister dans la forme qu'il

(1) Erreur. *V.* l'article *Nantissement*, §. 1, n° 8.

(1) *V.* l'article *Double Ecrit*

a plu aux parties de lui donner, soit qu'on le considère comme une vente véritable, soit comme une donation tacite déguisée sous le nom de vente;

» Attendu 3° que la preuve prétendue résultante de l'exécution du jugement interlocutoire rendu pendant l'instruction du procès, n'ayant déterminé ni les juges de première instance, ni la cour d'appel à prononcer contre la demanderesse aucune incapacité personnelle de recevoir, à titre de donation, soit expresse, soit tacite, des libéralités dudit sieur Schamp, son acquiescement volontaire ou forcé audit jugement, n'a pu préjudicier à ses droits, ni la priver de la faculté de se pourvoir en cassation contre l'arrêt attaqué;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle...»

Le 20 octobre 1812, la cour de cassation a encore annulé, par les mêmes motifs, un arrêt de la cour d'appel de Besançon, du 30 mars qui, sur la demande des héritiers de la demoiselle Benens de Malans, avait déclaré nulles comme contenant des donations déguisées, des ventes d'immeubles que celle-ci avait faites à ses domestiques.

Autre arrêt dans l'espèce suivante:

Le sieur Pasquale, chanoine à Bobio, département du Tanaro, avait pour domestiques Jacques-Antoine Zorbarini, Marguerite Ballesini, sa femme, Catherine Zorbarini, leur fille, et Jean Barbieri, leur gendre.

Le 30 prairial an 11, après la promulgation de la loi du 13 floréal précédent, qui forme aujourd'hui le titre *des Donations et Testamens* du Code civil, il déclare, par-devant notaire, vendre différens biens ruraux à Jacques-Antoine Zorbarini et Marguerite Ballesini, d'une part, et à Jean Barbieri et Catherine Zorbarini, de l'autre, moyennant la somme de 15,000 francs, qu'ils payent respectivement par moitié, et dont l'acte leur donne quittance pleine et définitive.

Le 10 février 1808, Zorbarini et sa femme assignent Barbieri et son épouse devant le tribunal de première instance de Bobio, pour voir dire qu'ils seront tenus de procéder avec eux au partage, par moitié, des biens qu'ils ont achetés en commun du sieur Pasquale, le 30 prairial an 11.

Barbieri et sa femme produisent le testament du sieur Pasquale, décédé depuis peu, qui les institue héritiers universels; et en cette qualité, ils soutiennent que l'acte du 30 prairial an 11 n'a de vente que le nom; que c'est une donation déguisée, et qu'étant dépourvue des formalités requises pour la validité des donations entre-vifs, elle est nécessairement nulle. Pour prouver qu'en effet l'acte du 30 prairial est simulé, ils articulent plusieurs faits sur lesquels ils demandent que Zorbarini et sa femme soient interrogés.

Le 18 mars suivant, jugement qui déclare pertinens les faits articulés par Barbieri et sa femme, ordonne à Zorbarini et à son épouse d'y répondre, et néanmoins, attendu que la provision est due au titre, ordonne que provisoirement il sera procédé au partage provoqué par ceux-ci.

Zorbarini et sa femme subissent l'interrogatoire sur faits et articles.

Barbieri et son épouse ne trouvant pas dans leurs réponses, la preuve de la Simulation qu'ils articulent, offrent de la prouver par témoins.

Zorbarini et sa femme s'y opposent, et par des moyens de fait qui sont retracés dans les motifs du jugement dont il va être parlé, et par deux moyens de droit résultant, l'un, de ce qu'on n'est pas recevable à prouver par témoins le contraire de ce qui est établi par un acte dans lequel on a été partie; l'autre, de ce que, lors même que le contrat de vente du 30 prairial an 11 serait simulé, et, par conséquent, nul comme tel, il vaudrait au moins comme donation définitive.

Le 28 avril de la même année, jugement qui, « sans avoir égard aux moyens et exceptions des défendeurs, dont ils sont déboutés, » déclare que l'acte du 30 prairial an 11 contient une vente parfaite, et non une donation » déguisée, et ordonne que le jugement du 18 » mars sera définitivement exécuté ».

Les motifs de ce jugement sont,

« 1° Que tandis que les mariés Barbieri s'efforcent de soutenir que le contrat du 30 prairial an 11 contient une donation sous le voile d'une vente, bien loin de contester la numération effective de l'argent, ils la reconnaissent au contraire, et en demandent la restitution à leur profit, par leur acte signifié le 25 février 1808; d'où suit l'exclusion de l'élément substantiel commun aux donations;

« 2° Que le vendeur Pasquale n'a jamais, pendant sa vie, intenté aucune action contre la vente;

»3° Que, pendant l'année 1807, la moitié des revenus et produits des biens-fonds désignés dans l'acte de vente, a été rendue aux demandeurs par Barbieri qui en était l'administrateur principal;

» 4° Que, dès l'an 14, Barbieri avait requis le cadastraire de la commune de Bobio, d'effectuer le transport ou mutation des biens achetés en société par le susdit acte, moitié en tête des demandeurs et moitié en tête des défendeurs, mutation qui a été effectuée en

l'an 14, sur ladite réquisition; que, depuis cette époque, les contributions foncières ont été payées par les demandeurs et par les défendeurs, chacun pour une portion; ce qui résulte de la contrainte du 15 octobre 1807, du certificat du cadastraire du 26 mars 1808, de deux autres certificats du percepteur des 9 mars et 15 avril même année, légalement produits dans le cours de cette instance et *non contestés*;

» Que toutes ces circonstances, non-seulement servent à éluder et détruire tout soupçon qui pourrait exister sur la convention dont il s'agit, mais encore démontrent à l'évidence que les défendeurs ont, de leur part, donné une vraie exécution volontaire à la vente qu'ils cherchent maintenant à infecter de nullité;

» Que cette vente, lors même qu'elle serait infectée de quelque vice intrinsèque ou de forme, aurait été confirmée par le fait des défendeurs, qui, en conformité de l'art. 1338 du Code civil, sont légalement présumés avoir renoncé, dans l'espèce, aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte;

» 5° Que, quoique par son jugement du 18 mars dernier, le tribunal ait admis les interrogatoires déduits par les défendeurs, il ne s'ensuit pas nécessairement de là que les faits et articles maintenant déduits à enquête, doivent être également déclarés admissibles...;

» Qu'au surplus, différentes circonstances de fait et de droit sont survenues, depuis le jugement précité, aux yeux des juges, dont la combinaison et le résultat, bien loin de fournir des indices, des conjectures et des présomptions de la réalité de la Simulation susdite, en excluent au contraire tout soupçon, surtout si l'on considère qu'il ne concourt aucune cause pour laquelle on eût dû passer un acte simulé; en effet, qu'est-ce qui pouvait empêcher le sieur Pasquale de faire une parfaite donation au profit des demandeurs, dès l'instant qu'aucune loi positive ne lui défendait de la passer, ni aux demandeurs de la recevoir?

» 6° Que les défendeurs, qui maintenant opposent l'action de nullité contre la vente dont il s'agit, en leur qualité d'héritiers du vendeur Pasquale, ont eux-mêmes un intérêt et une part égale à cette vente en communion avec les demandeurs; qu'ainsi, ils auraient pris part au même dol qu'ils prétendent imputer aux demandeurs; que c'est une maxime constante que *nemini fraus proficere debet*; que cette maxime serait applicable aux défendeurs, puisque *si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent*, dit la loi 36, D. *de dolo*; qu'au surplus, si la chose était encore susceptible de quelque doute, la présomption la plus forte resterait toujours pour la réalité de l'acte; car *actus quoad fieri potest sustinendi sunt, et in dubio præsumendum est pro scripturâ et veritate potiùs quàm pro simulatione.* (Favre, Cod., liv. 4, tit. 17, déf. 5, *in notis*) ».

Barbieri et sa femme appellent de ce jugement à la cour de Gênes; et par deux requêtes des 4 août 1808 et 23 mars 1809, ils articulent de nouveaux faits dont ils offrent la preuve, en même temps qu'ils persistent à offrir la preuve de ceux qu'ils ont articulés en première instance.

Le 10 avril 1809, arrêt interlocutoire par lequel,

« Attendu que la demande formée par les mariés Zorbarini en partage des biens faisant l'objet de l'acte de vente du 19 juin 1803, ne saurait, en état, être accueillie, d'après les reproches de Simulation que les époux Barbieri opposent à ce contrat, et qu'ils tirent notamment de l'avis du sieur Bizzatti, avocat à Turin, rapproché du testament du chanoine Jérôme Pasquale, sans vider au préalable les articles que lesdits Barbieri ont déduits à l'appui de leur exception, dans leurs requêtes des 13 avril 1808 et 23 mars 1809;

» Que rien, en effet, ne pourrait être plus propre à jeter le jour nécessaire sur la nature et le véritable esprit de l'acte précité, que le résultat d'une enquête, qui, dans l'espèce, ne vise pas seulement à établir des présomptions par la preuve des faits qui ont précédé, accompagné et suivi la passation du contrat, mais surtout à dévoiler complétement les causes qui auraient déterminé la Simulation dont il est argué;

» Que de la preuve contraire que les lois réservent aux demandeurs, il pourrait sortir des données suffisantes pour résoudre la question de savoir si, dans le cas que la vente fût réellement fictive et simulée, l'acte qui en a été passé, ne renfermerait pas au moins, sous les apparences et la forme d'un contrat commutatif à titre onéreux, une convention de quelqu'autre espèce que ce soit; et s'il n'y aurait pas lieu à l'application des principes établis au titre du Code, *plus valere quod agitur, quàm quod simulatè concipitur*;

» Que les premiers juges avaient reconnu eux-mêmes l'influence directe que les articles dont il s'agit peuvent exercer sur la décision du fond de la cause, lorsque, par leur jugement du 18 mars 1803, non attaqué, ils ont

autorisé l'interrogatoire des mariés Zorbarini, sur les faits détaillés dans la requête du jour 10 précédent, reproduits et à peu-près les mêmes par lesdits Barbieri, dans celles qu'ils ont présentées à fin d'enquête : influence qui ne s'est fait que mieux sentir, par le procès-verbal des réponses des mêmes Zorbarini; que d'ailleurs l'art. 1341 du Code civil n'exclud pas la preuve vocale des faits de Simulation, et reçoit l'exception portée par l'art. 1131, concernant les causes fausses ou illicites des obligations ;

» Par ces motifs, la cour, statuant sur l'appel des parties de Granello, des mariés Barbieri, met l'appellation et ce dont est appel au néant : émendant, admet la partie de Granello à faire preuve dans le délai de la loi,

» 1°. Que feu le chanoine Jérôme Pasquale avait un patrimoine considérable purgé de toute dette et hypothèque, et possédait en outre un des meilleurs bénéfices ecclésiastiques de Bobbio, dont les revenus réunis surpassaient, au-delà, ses besoins, sans qu'il fût dans la nécessité de faire des aliénations; qu'au contraire, il était à même de pouvoir faire, ainsi qu'il faisait de temps à autre, des acquisitions ;

» 2°. Qu'à l'époque du 19 juin 1803, une succession était échue audit chanoine Pasquale qui augmenta encore ses ressources, et le rendit créancier de plusieurs sommes et rentes dont il ne se souciait pas même d'exiger les arrérages ;

» 3°. Que les mariés Zorbarini, à la même époque, ne possédaient rien, et pouvaient à peine suffire à leurs besoins les plus pressans, et à l'entretien de plusieurs enfans, le mari travaillant dans les biens d'autrui, comme cultivateur, et la femme étant domestique à gages du même chanoine; et que, lors du mariage de leur fille, ils ne lui ont pas constitué la moindre dot;

» 4°. Que, peu de jours avant la passation de l'acte du 19 juin même année, une des personnes intervenues à l'acte, a demandé à emprunter de l'argent pour figurer et feindre une numération, et pour la restituer de suite après le contrat ;

5°. Que les biens compris dans cette vente, étaient les meilleurs du patrimoine dudit Pasquale, et que *leur valeur, surtout à ladite époque, excédait beaucoup le prix fixé ;*

6°. Que, même depuis la vente, le chanoine Pasquale ne s'est jamais dessaisi, et n'a jamais délivré pendant sa vie, aux prétendus acquéreurs, lesdits biens désignés en l'acte de vente, et les fruits et revenus en ont été toujours transportés à sa maison, réunis et confondus avec ceux des autres biens non compris dans la vente;

» 7°. Qu'il est notoire, dans la commune de Bobbio, que ladite vente a été faite et simulée pour des causes graves et des raisons particulières... »

Les enquêtes achevées, la cause est reportée à l'audience; et par arrêt définitif du 11 décembre 1809,

« Considérant, sur les reproches faits aux témoins M... et P..., qu'ils sont vagues et généraux.....; que, même abstraction faite des dépositions des témoins reprochés, le procès-verbal de l'enquête contient la preuve d'un grand nombre de faits et circonstances suffisants et propres à faire reconnaître la Simulation dont est argué l'acte du 19 juin 1803; que la consultation produite aux pièces de M. l'avocat Bizzatti, rapprochée du testament du 12 fructidor an 10, et de l'acte de vente en question, présente la preuve de la cause probable et proportionnée de la Simulation, puisqu'il en résulte que le chanoine Pasquale avait des craintes et des doutes au sujet de l'exécution de sa dernière volonté, et qu'il a proposé de les faire cesser moyennant un acte entre-vifs; qu'il résulte, soit des nouvelles productions faites après l'arrêt de la cour du 10 avril dernier, soit des enquêtes, que le feu chanoine Pasquale jouissait d'un patrimoine dont les revenus surpassaient ses besoins, et que même il faisait souvent des acquisitions avec ses épargnes; que les mariés Zorbarini et Barbieri n'étaient possesseurs d'aucun bien-fonds, et n'avaient d'autres moyens de subsistance que dans leurs travaux personnels et journaliers; que les circonstances excluent, dans le vendeur, le besoin, et dans l'acquéreur la possibilité, de venir à un pareil acte; qu'en outre, les recherches et moyens pratiqués pour emprunter l'argent nécessaire pour simuler la numération du prix qui devait avoir lieu à l'instant de la passation du contrat, et au surplus tout ce qui a suivi ledit acte et notamment l'inscription du vendeur au cadastre et la jouissance en laquelle il a continué des biens vendus, faits qui sont énoncés et prouvés par les enquêtes et pièces produites, prouvent évidemment que la vente contenue en l'acte du 19 juin 1803, a été feinte et simulée; et qu'en conséquence; elle ne peut avoir aucun effet en justice ;

» La cour..., rejettant les reproches faits aux témoins, M... et P..., déclare feint et simulé l'acte du 19 juin 1803; annulle la vente y mentionnée, déboute les parties d'Avignone (Zorbarini et sa femme) de leur demande en partage

des biens compris dans ladite vente; et ordonne que les biens possédés par les mariés Zorbarini, en vertu d'icelle, seront délaissés au profit des mariés Barbieri, comme héritiers et ayant-cause du feu chanoine Pasquale ».

Zorbarini et sa femme se pourvoient en cassation contre ces deux arrêts.

Ils attaquent celui du 10 avril 1809, 1° comme violant l'art. 1341 du Code civil qui prohibe la preuve testimoniale *contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors et depuis les actes;* 2° comme violant les art. 1338 et 1340 du même code qui attribuent à l'exécution volontaire d'une obligation ou d'une donation, dans un temps où était ouverte l'action pour la faire déclarer nulle, l'effet d'une renonciation expresse aux *moyens et exceptions* que l'on pouvait opposer contre l'acte.

Ils attaquent le second, comme violant les art. 911 et 1123 du même Code, desquels il résulte (disent-ils) qu'une donation est valable, quoique déguisée sous les apparences d'une vente, lorsqu'elle est faite par une personne capable de donner à une personne capable de recevoir.

Par arrêt du 31 mai 1813, au rapport de M. Pajon,

« Vu les lois 36 et 38, D. *de contrahendâ emptione*; la loi 6, D. *pro donato*, et les lois 3 et 9, C. *de contrahendâ emptione;*

» Vu pareillement l'art. 911 du Code civil;

» Et attendu qu'il résulte du texte des lois citées, qu'un contrat de vente ne peut être déclaré nul pour fait de Simulation, qu'autant qu'elle aurait eu pour objet de déguiser une libéralité au profit d'une personne incapable; ce qui n'a été, ni reconnu par les arrêts attaqués, ni même allégué par les défendeurs;

» D'où il résulte que, soit l'arrêt interlocutoire, en admettant la preuve testimoniale des faits de Simulation articulés par les défendeurs, soit l'arrêt définitif, en déclarant nul le contrat de vente du 30 prairial de l'an 11, comme simulé, ont commis un excès de pouvoir, en créant une nullité qui n'est établie par aucune loi;

» La cour casse et annulle les arrêts de la cour d'appel de Gênes, des 10 avril et 11 décembre 1809... ».

Voici un arrêt plus récent encore sur la même question.

Joseph Chaptal, domicilié dans le département de la Drôme, était resté veuf avec deux filles, Claudine-Rosalie et Marie-Ursule.

En 1800, il marie la seconde au sieur Lambert, et lui fait, par le contrat de mariage, une donation en avancement d'hoirie de 8,500 francs.

En décembre 1801, et dans l'espace de six jours, il souscrit au profit de Claudine-Rosalie, l'aînée de ses deux filles, demeurant avec lui, deux billets, causés pour argent prêté, l'un de 10,000 francs, l'autre de 5,000 francs.

Dans les sept jours de la date du dernier de ces billets, il contracte un second mariage; et Claudine-Rosalie se marie elle-même, peu de temps après, au sieur Anthelme.

Le 23 fructidor an 10 (10 septembre 1802) elle obtient, du consentement de son père, un jugement qui tient pour reconnues ses signatures apposées aux deux billets du mois de décembre 1801.

Joseph Chaptal meurt le 23 novembre 1805.

Claudine-Rosalie Chaptal prétend prélever sur la succession le montant des deux billets. Le sieur Lambert, père et tuteur d'Adèle Lambert, fille et héritière d'Ursule-Marie Chaptal, s'oppose à cette prétention, et soutient 1° que les deux billets sont simulés et qu'ils n'ont d'autre cause qu'une donation déguisée; 2° que cette donation est nulle, parcequ'elle n'est pas revêtue des formalités prescrites tant par le statut Delphinal de 1456 (1) que par l'ordonnance du mois de février 1731.

L'affaire portée au tribunal civil de Valence, jugement qui reconnaît la Simulation de la cause des deux billets, et néanmoins ordonne que le montant de l'un et de l'autre sera prélevé par Claudine-Rosalie Chaptal sur la succession du père et de l'aïeul commun des parties.

Appel à la cour de Grenoble; et le 24 décembre 1810, arrêt qui annulle les deux billets comme récognitifs de prêts simulés et contenant une donation destituée des formalités requises par le statut Delphinal.

Mais Claudine-Rosalie Chaptal se pourvoit en cassation; et par arrêt contradictoire du 5 janvier 1814, au rapport de M. Oudot,

« Vu les lois 36 et 38, D. *de contrahendâ emptione*; la loi 6, D. *pro donato*; et la loi 3, *eodem titulo.*

» Et attendu que les donations tacites sont permises par les lois ci-dessus citées; que le statut Delphinal et l'ordonnance de 1731 ne les ont pas formellement abrogées; que les dispositions de ces lois, relatives aux formes qu'elles prescrivent, comme indispensables pour la validité des donations, ne se rapportent qu'aux donations proprement dites, et non aux libéralités tacites faites sous les formes d'un autre contrat, lorsqu'il y a capacité

(1) V. l'article *Donation*, sect. 2 n° 2.

de donner et de recevoir sans blesser le vœu de la loi ; que la Simulation n'est prohibée, que lorsqu'elle a pour objet d'éluder une disposition de loi, ou de nuire aux droits d'un tiers ; que le principe contenu, à cet égard, dans les lois romaines, se trouve reproduit et consacré par l'art. 911 du Code civil ; que la cour d'appel de Grenoble, en annulant les promesses dont il s'agit, sous prétexte qu'elles sont simulées et qu'elles contiennent une donation qui n'a point été revêtue des formalités prescrites par le statut Delphinal, ou par l'ordonnance de 1731, a formellement contrevenu aux lois romaines ci-dessus citées ;

» La cour casse et annulle l'arrêt de la cour d'appel de Grenoble, du 24 décembre 1810...».

On trouvera dans mon *Recueil de Questions de droit aux mots Révocation de donation*, §. 4, n° 1, un arrêt semblable, du 1er juin de la même année (1814).

En voici un autre rendu quelques jours après, et qui a encore jugé de même.

Le 14 germinal an 12, Claudine Ferouillet, épouse de Jean-Louis Villard, et mère de trois enfans, fait un testament par lequel elle légue, *hors part*, à Rose Villard, sa fille, le quart de tous ses biens, et lui assigne, à compte de cette quotité, *la maison, l'écurie et le jardin qu'elle possède.*

Le 12 frimaire an 14, elle vend, par acte notarié au sieur Belle, moyennant la somme de 16,000 francs, plusieurs immeubles et notamment la maison, l'écurie et le jardin qu'elle avait déclarés, par son testament, être compris dans le legs à titre universel qu'elle avait fait à sa fille Rose. L'acte porte que l'acquéreur a payé comptant 6,600 francs en présence du notaire et des témoins, et qu'il paiera le surplus à la venderesse ou aux créanciers qu'elle déléguera.

La venderesse meurt quelques jours après.

Le 7 février 1807, le sieur Belle épouse Rose Villard.

Ce mariage fait naître, dans l'esprit des deux autres enfans de Claudine Ferouillet, le soupçon que la vente du 12 frimaire an 14 n'a été, de la part de leur mère, qu'une donation déguisée qu'elle avait voulu faire à leur sœur, en sus de la portion disponible qu'elle lui avait léguée par son testament ; et rassemblant diverses présomptions qui leur paraissent le prouver, ils en concluent, non-seulement que la prétendue donation est nulle, mais encore qu'elle contient une révocation tacite du legs.

En effet, il intervient au tribunal de première instance de Valence, un jugement qui annulle, comme simul, l'acte de vente du 12 frimaire an 14 ; déclare le legs de la portion disponible révoqué par cet acte, conformément à l'art. 1038 du Code civil ; et ordonne que tous les biens de Claudine Ferouillet seront partagés également entre ses enfans ; et ce jugement est confirmé, sur l'appel, par un arrêt de la cour de Grenoble, du 1er juin 1812.

Mais sur le recours en cassation du sieur Belle, tant en son nom que comme tuteur de ses enfans, héritiers de leur mère, décédée pendant le procès, arrêt du 6 juin 1814, au rapport de M. Boyer, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lecoutour, par lequel,

« Sur la première disposition de l'arrêt qui déclare nul, comme simulé, l'acte de vente du 12 frimaire an 14 ;

» Vu l'art. 918 du Code civil ;

» Attendu que la Simulation d'un acte n'en autorise l'annullation que lorsque cette Simulation a pour but une infraction quelconque de la loi ;

» Que, dans l'espèce, la veuve Villard pouvant, d'après le nombre de ses enfans, disposer au profit de Rose, sa fille, du quart de ses biens, la disposition que l'arrêt attaqué suppose qu'elle a faite de ce même quart au profit de ladite fille, par l'interposition du sieur Belle, mari de cette dernière, n'était prohibée par aucune loi ; et que, dès-lors, l'acte de vente renfermant cette donation déguisée, devait être maintenu jusqu'à concurrence de la portion disponible, aux termes de l'article précité du Code civil ; d'où il suit que l'arrêt attaqué, en annulant ledit acte pour le tout, comme simulé, a formellement violé cet article ;

» Sur la deuxième disposition de cet arrêt, qui déclare le legs porté au testament du 14 germinal an 12 révoqué par l'aliénation du 12 frimaire an 14 ;

» Vu l'art. 1038 du Code civil.....;

» Attendu que la disposition de cet article, qui déclare le legs révoqué par l'aliénation postérieure de la chose léguée, est évidemment fondée sur la présomption légale d'un changement de volonté de la part du testateur ; mais que cette présomption cesse de plein droit, lorsque l'aliénation est faite au profit de la personne même du légataire ;

» Qu'il est reconnu, en fait, par l'arrêt attaqué, que l'aliénation faite par la veuve Villard au profit du sieur Belle, par l'acte du 12 frimaire an 14, n'a été qu'une donation déguisée au profit de Rose Villard, sa femme, des objets compris dans cet acte ; qu'ainsi, cette aliénation, loin de pouvoir être re-

gardée comme une révocation du legs de ces mêmes objets, fait à la demoiselle Rose Villard par le testament du 14 germinal an 12, ne présente, au contraire, qu'une confirmation expresse de cette libéralité antérieure;

» Qu'il suit de là qu'en déclarant le legs dont il s'agit, révoqué de plein droit par la vente qui l'a suivi, l'arrêt attaqué a fait une fausse application manifeste de l'art. 1038 du Code civil, et violé par suite les articles du même Code, qui assurent l'exécution des actes de dernière volonté;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle ».

Enfin, c'est ce que la cour de cassation a encore jugé par trois arrêts des 26 juillet 1814, 31 juillet 1816 et 13 avril 1817, qui sont rapportés dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Donation*, §. 5, nos 1 et 3.

II. La seconde question a été jugée par deux arrêts de la cour de cassation des 13 août 1806 et 28 avril 1807, rapportés aux mots *Confession*, nº 3, et *Convention*, §. 2. Ces deux arrêts décident qu'un contrat à titre onéreux n'est pas nul par cela seul qu'au lieu d'exprimer sa vraie cause, qui n'a rien que de légitime, il en exprime une fausse.

C'est ce que décide encore un arrêt plus récent de la même cour, dont voici l'espèce.

Le 20 prairial an 13, contrat notarié par lequel les sieurs Camoso, frères, négocians à Turin, reconnaissent avoir reçu comptant et à l'instant même, des sieurs Bodin et Boutoux, une somme de 306.000 francs *en numéraire*, qu'ils s'obligent de leur rendre à une époque convenue, et à la restitution de laquelle ils affectent spécialement un immeuble.

En vertu de ce contrat, les sieurs Bodin et Boutoux prennent une inscription au bureau des hypothèques de l'arrondissement où est situé l'immeuble affecté à leur créance.

Quelque temps après, les emprunteurs font faillite. L'immeuble hypothéqué aux sieurs Bodin et Boutoux, est vendu par autorité de justice.

Question de savoir, si les sieurs Bodin et Boutoux doivent être colloqués sur le prix de cet immeuble au rang de leur inscription.

Le sieur Pinot, l'un des créanciers des frères Camoso, soutient la négative, en se fondant sur des bordereaux du 20 prairial an 13, signés des frères Camoso, ainsi que des sieurs Bodin et Boutoux, et qui prouvent que la plus forte partie de la somme énoncée dans le contrat du même jour, comme prêtée *en numéraire*, ne l'a été qu'en *effets négociables*.

Le 7 juin 1810, jugement du tribunal de première instance de Turin, qui déclare valable le contrat du 20 prairial an 13 et l'inscription hypothécaire prise en conséquence; « attendu » que les bordereaux ne sont pas suffisans pour » démentir l'énonciation de l'acte que la somme » prêtée a été payée sur-le-champ et pour le » tout en numéraire ».

Sur l'appel, la cour de Turin rend, le 2 février 1811, un arrêt qui met l'appellation et ce au néant, émendant, déclare que l'inscription hypothécaire des sieurs Bodin et Boutoux est nulle pour la partie de la somme portée au contrat du 20 prairial an 13, qui est prouvée, par les bordereaux du même jour, avoir été fournie en effets négociables.

Recours en cassation de la part des sieurs Bodin et Boutoux; et le 2 décembre 1812, arrêt au rapport de M. Babille, par lequel,

« Vu les art. 1131 et 1132 du Code civil;

» Et attendu qu'il est reconnu par la cour d'appel de Turin, que, lors de l'obligation notariée du 20 prairial an 13, Bodin et Boutoux ont fourni aux frères Camoso des valeurs, soit en argent, soit en effets négociables, jusqu'à concurrence de la somme y portée et de l'hypothèque que ceux-ci leur ont consentie;

» Qu'il importe peu de savoir s'il y a eu Simulation dans la déclaration que les prêteurs avaient fourni toute la somme en argent, 1º parceque les emprunteurs ont pu échanger postérieurement une partie du numéraire contre ces effets; 2º parceque, quand il y aurait eu véritablement Simulation, cette Simulation ne serait point reprouvée par la loi, alors qu'elle n'a porté préjudice ni aux emprunteurs, ni aux tiers; ce qui se rencontre ici où tout fait présumer que les effets en question étaient remboursés, avant même que l'arrêt attaqué fût rendu;

» Attendu que la cause fausse ne vicie l'acte que, lorsque la fausseté étant démontrée, il n'apparait pas d'une *autre cause légitime* et *véritable*;

» Que cette interprétation qui a toujours servi de règle en cette matière, se trouve implicitement consacrée par l'art. 1132 du même Code, qui déclare que la convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée; ce qui amène la conséquence que la *cause fausse*, mais *non frauduleuse*, disparaissant, il est permis d'y substituer un *autre cause certaine et légitime*;

» D'où il suit que l'arrêt attaqué a fait une fausse application de l'art. 1131, et violé l'art 1132 du Code civil;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle... ».

V. le plaidoyer du 12 août 1812, rapporté au mot *Vente*, §. 1, art. 1, nº 3.]]

III. La troisième question a fait la matière d'un grand procès dans lequel ont encore été agitées plusieurs autres qui sont indiquées, avec les faits qui y ont donné lieu, sous les mots *Don mutuel*, §. 2, n° 2; *Donation*, sect. 8, §. 4. n° 4, et *Transaction*, §. 5, n° 4 *bis*.

L'arrêt de la cour d'appel de Montpellier qui les avait jugées contre la dame de Beaudecourt, veuve en premières noces du général Henri de Frégeville, était ainsi motivé en cette partie:

« En ce qui concerne le défaut de réciprocité reproché à cette même donation (celle du 13 frimaire an 4),

» Attendu que tous les principes et toutes les autorités s'accordent sur ce point, qu'il ne peut y avoir de donation réciproque là où il n'y a pas de réciprocité, non-seulement dans la volonté des parties, mais dans la réalité des choses réciproquement données;

» Que la loi de nivôse an 2 n'a pu changer la nature des choses, et que cette vérité résulte autant des motifs de l'arrêt de la cour de cassation du 30 messidor an 12, que des principes développés par le comte Merlin, dans cette circonstance, et sur une donation mutuelle et réciproque faite entre époux, sous l'empire de la loi du 17 nivôse an 2;

» Qu'il ne s'agit point ici de savoir si l'acte sous seing-privé déposé à Marc Foulcher, aurait été valable ou nul vis-à-vis la dame épouse Frégeville, mais seulement de savoir si Henri de Frégeville aurait été contraint de l'exécuter vis-à-vis le sieur Despradels; qu'il est hors de doute que Henri de Frégeville avait contracté, vis-à-vis du sieur Despradels, une convention légitime, dont la conséquence était qu'il ne pouvait, dans le cas prévu par la donation, recueillir la chose donnée;

» D'où il résulte que la femme, qui ne pouvait l'ignorer, et qui d'ailleurs n'avait ni biens advenus pendant le mariage, ni biens paraphernaux, paraissait donner et ne donnait rien;

» Que, dans cet état, la réciprocité n'étant qu'une supposition et une chimère, la donation mutuelle et réciproque n'a jamais existé dans l'acte simulé entre les deux époux; que la suscription convenue dans la cause de l'écrit sous seing-privé, déposé à Marc Foulcher, dispense de tout interlocutoire ».

La dame de Beaudecourt s'étant pourvue en cassation contre cet arrêt, voici comment je me suis expliqué, à l'audience de la section civile, le 13 juin 1813, sur le motif d'annullation que la cour d'appel de Montpellier avait tiré du prétendu défaut de réciprocité de la donation mutuelle, du 13 frimaire an 4:

« Nous devons d'abord nous fixer sur un principe qui n'a pas été méconnu par la cour d'appel de Montpellier, mais que l'on conteste devant vous: c'est que, pour qu'il y ait réciprocité dans une donation mutuelle, il n'est pas nécessaire qu'il y ait égalité dans les biens donnés de part et d'autre.

» Il existait, avant la loi du 17 nivôse an 2, des coutumes qui en disposaient autrement pour les donations mutuelles entre époux: mais sur quoi étaient-elles fondées? Elles n'avaient point d'autre motif que l'incapacité dans laquelle elles plaçaient les époux de s'avantager l'un l'autre. Pour faire cesser cette incapacité entre le mari et la femme qui voulaient se donner mutuellement, elles exigeaient que chacun d'eux donnât le juste équivalent de ce qu'il recevait; de manière que, dans leur esprit, la donation mutuelle était plutôt un contrat d'échange qu'une libéralité proprement dite.

» En était-il de même dans les coutumes qui permettaient les donations pures et simples entre époux? Il est notoire que non; et c'est d'après cela qu'il est aujourd'hui universellement reconnu que, sous la loi du 17 nivôse an 2, qui avait rendu cette faculté commune à toute la France, sans abroger l'usage des donations mutuelles entre mari et femme, il n'était plus une seule partie de la France dans laquelle l'égalité fût requise pour la validité de ces sortes de donations.

» Le défendeur prétend néanmoins, en citant Cambolas, liv. 4, chap. 43, que cette condition était de rigueur dans les pays de droit écrit.

» Mais il confond, à cet égard, la validité de la donation mutuelle avec son irrévocabilité.

» Sans doute, pour qu'une donation mutuelle entre époux fût irrévocable, il était rigoureusement requis qu'elle fût égale de part et d'autre; parcequ'elle ne pouvait être assimilée à un échange qu'au moyen de cette égalité, et que, si le mari et la femme pouvaient, comme le prouve la loi 7, §. 6, D. *de donationibus inter virum et uxorem*, se lier irrévocablement l'un envers l'autre par des contrats à titre onéreux et par conséquent par des échanges, ils ne pouvaient jamais se lier de même par des donations. C'est précisément ce que dit Cambolas, et il ne dit pas autre chose.

» Mais, comme le remarque son annotateur, au même endroit, édition de 1744, pour qu'une donation mutuelle entre époux fût valable, sauf le droit qu'avait chacun d'eux de la révoquer séparément, il importait peu que les ob-

jets donnés par l'un, fussent égaux en valeur aux objets donnés par l'autre : *Le mari et la femme*(dit cet auteur)*peuvent* INCONTESTABLEMENT *se faire l'un à l'autre des donations mutuelles et réciproques* CONSTANTE MATRIMONIO ; *et ces donations sont valables*, SOIT QU'IL Y AIT ÉGALITÉ DANS LES DONATIONS OU NON : *mais ces donations, quoique faites entre-vifs, ne subsistent qu'autant qu'elles sont confirmées par la mort du donateur.*

» Et ce qui prouve qu'en effet, les donations mutuelles inégales ne différaient que sous le rapport de la révocabilité des donations mutuelles qui, par leur égalité parfaite, équipollaient à des échanges, c'est que, d'une part, la loi 7, §. 2, D. *de donationibus inter virum et uxorem*, déclare irrévocable la donation mutuelle que deux époux se sont faite de sommes parfaitement égales; et que, de l'autre, la loi 32, §. 14, du même titre, décide que la donation mutuelle peut être révoquée séparément par chacun des deux époux, et qu'elle n'est confirmée à l'égard de chacun d'eux que par sa mort, ce qui ne peut évidemment s'entendre que de la donation mutuelle dans laquelle il y a inégalité.

» Tenons donc pour une vérité constante et irréfragable que, dans le droit romain, comme sous la loi du 17 nivôse an 2, une donation mutuelle ne pouvait pas être critiquée sous prétexte d'inégalité dans les biens donnés respectivement.

» Mais, dans le droit romain, et sous la loi du 17 nivôse an 2, le défaut de réciprocité n'emportait-il pas la nullité d'une donation qualifiée mutuelle, que deux époux s'étaient faite en faveur de celui des deux qui survivrait à l'autre ?

» En thèse générale l'affirmative ne peut pas être douteuse. Qu'est-ce qu'une donation mutuelle au profit du survivant des co-donateurs et co-donataires ? C'est un contrat aléatoire, c'est un jeu de hasard, dans lequel l'une des parties apporte une mise avec l'espérance de gagner la mise de l'autre, et dans lequel, par conséquent, l'espérance que l'une des parties a de gagner la mise de l'autre, forme le prix du risque qu'elle court de perdre la sienne. Or, un pareil contrat peut-il exister, lorsque l'une des parties reçoit d'éventuellement, et ne donne rien en retour éventuel ? Il est évident qu'en ce cas, la donation n'est mutuelle que de nom, qu'elle manque de sa condition substantielle, qu'elle est comme non avenue.

» Cependant la demanderesse ne craint pas de soutenir le contraire, et elle invoque, à l'appui de son opinion, deux textes du droit romain : la loi 48, D. *de donationibus inter virum et uxorem*, et la loi 8, C. *de obligationibus et actionibus*. Mais que disent ces deux textes ?

» Le premier suppose, d'un côté, une donation entre-vifs, faite par un mari à son épouse, donation qui, suivant les maximes du droit romain, ne valait que comme disposition à cause de mort, et pouvait toujours être révoquée, et de l'autre, un testament par lequel l'épouse fait à son mari des legs considérables. La femme meurt la première, et par là, son mari devient propriétaire des objets qu'elle lui a légués. Mais peut-il, en acquérant la propriété de ces objets, user, à l'égard de ceux qu'il avait donnés à son épouse, de son droit de révocation ? La loi décide qu'il le peut : *quæ jam nuptæ maritus donavit, viri manent, et potest, ea vindicare, nec quicquam refert quod ampla legata ab uxore ei relicta sunt.*

» La dame de Beaudecourt conclud de là que le défaut de réciprocité ne porte aucune atteinte aux donations mutuelles.

» Mais est-ce de donations mutuelles qu'il s'agit dans l'espèce de cette loi ? Non, évidemment non; il n'y est question que de donations séparées, et faites à des titres différens; et c'est précisément sur cette circonstance, que les interprètes fondent la décision de la loi : *Rationem dicunt esse hanc, quia incontinenti non fuit facta reciproca donatio* : ce sont les termes de Brunnemann sur cette loi même.

» La loi 8, C. *de obligationibus et actionibus*, propose une espèce à-peu-près semblable. Pierre, aimant Paul comme son fils, lui fait, à titre de donation, la délégation d'une créance qu'il a sur un tiers. Paul touche, en vertu de cette délégation, le montant de la créance qui en est l'objet. Voulant ensuite reconnaître la libéralité dont Pierre l'a gratifié, il donne à son caissier un mandat par lequel il le charge de remettre à Pierre une somme d'argent : mais avant que ce mandat soit exécuté, Paul meurt. Les choses en cet état, Pierre peut-il, ou répéter l'argent qu'il a donné à Paul, ou exiger des héritiers de Paul l'argent que celui-ci avait chargé son mandataire de lui compter La loi répond qu'il ne peut ni l'un ni l'autre ; qu'il ne peut pas répéter l'argent qu'il a donné à Paul, parceque la donation qu'il lui en a faite, a reçu toute sa perfection ; et qu'il ne peut pas exiger l'argent que Paul avait chargé son mandataire de lui compter, parceque le décès de Paul a opéré la révocation du mandat : *Si quidem, donationis causâ, et quem affectione patris te dilexisse proponis, tuam accipere pecuniam permisisti, et hanc tuam liberalitatem ille*

remunerans te à procuratore suo aliam pecuniam sumere præcepit, rebusque humanis antè perceptionem fuit exemptus, nec quod dederas recuperare, cùm perfectam habuit donationem, nec quod tibi dari mandavit, necdùm tibi traditum, petere potes à procuratore.

» Assurément il ne s'agit point là de donations mutuelles. Pierre n'avait point donné à Paul en considération de ce que Paul lui donnerait un jour : il lui avait donné purement et simplement. La donation de Pierre devait donc subsister, quoique celle de Paul fût restée en pur projet.

» La demanderesse ne peut donc se prévaloir ni de cette loi ni de la précédente, pour établir que, de deux donations faites mutuellement par un même acte, l'une peut avoir son effet, lorsque l'autre ne porte sur rien.

» Mais en est-il, à cet égard, d'un défaut de réciprocité qui n'est que partiel, comme d'un défaut de réciprocité qui serait intégral ? Si, par exemple, l'un des co-donateurs promet l'immeuble A et l'immeuble B, et qu'il ne donne réellement que l'immeuble A, tandis que l'autre donne réellement tout ce qu'il promet, la donation de celui-ci sera-t-elle nulle pour le tout, comme elle le serait incontestablement si celui-ci n'avait absolument rien donné ?

» Cette question nous paraît devoir se résoudre par le même principe que la précédente.

» La donation mutuelle, avons-nous dit, est un jeu de hasard, dans lequel l'espérance de gagner la mise de celui avec qui l'on joue, forme le prix ou risque auquel on expose la sienne. Or, cette espérance n'est pas plus divisible que ne l'est le risque dont elle est le prix. Je ne vous ai donné que sous la condition de recevoir tout ce que vous paraissez me donner vous-même. Si donc vous ne m'avez pas donné réellement tout ce que vous avez paru me donner, la condition sous laquelle je vous ai donné, manque; et ma donation tombe avec elle. Inutilement prétendriez-vous que je vous aurais donné au moins une partie des objets compris dans ma donation, si j'avais prévu que la vôtre ne dût avoir qu'un effet partiel. Vous ne pouvez pas ainsi, après coup, diviser ma volonté en l'interpretant. En vous donnant, j'ai considéré tout ce que vous annonciez me donner vous-même ; et dès que vous m'avez trompé en partie, notre contrat n'a plus de bases, il est entièrement rompu. *L'accomplissement des conditions* (dit Pothier, *Traité des obligations*, n° 215) *est indivisible, même quand ce qui fait l'objet de la condition, est quelque chose de divisible. Par exemple, si quelqu'un m'a légué un certain héritage, si je donnais une certaine somme à son héritier; ou si, par une transaction, quelqu'un s'est obligé de me laisser un héritage litigieux entre lui et moi, si je lui donnais, dans un certain temps, une certaine somme : quoique cette condition ait pour objet quelque chose de divisible, n'y ayant rien de plus divisible qu'une somme d'argent, néanmoins l'accomplissement de cette condition est indivisible, en ce sens que le legs qui m'a été fait sous cette condition, et l'obligation qui a été contractée envers moi sous cette condition, sera en suspens jusqu'à l'accomplissement total de la condition, sans que l'accomplissement partiel puisse donner, pour partie, ouverture au legs, ni faire naître, pour partie, l'obligation ;* et c'est, comme l'ajoute Pothier, ce que décident textuellement les lois 23 et 56, D. *de conditionibus et demonstrationibus.*

» Mais de tout cela devons-nous conclure, avec la cour d'appel de Montpellier, que la demanderesse ne peut pas réclamer ici l'effet de la donation que Henri de Frégeville lui a faite le 13 frimaire an 4 ? De tout cela devrons-nous conclure qu'il y a lieu de maintenir l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier qui a déclaré cette donation nulle ?

» Cette question en renferme plusieurs, et la première est celle-ci : la cour d'appel de Montpellier a-t-elle violé quelque loi, en jugeant que la donation du 13 frimaire an 4 manquait de réciprocité de la part de la demanderesse ?

» Pour la résoudre, distinguons les objets compris dans la donation faite par la demanderesse à son mari.

» Ces objets sont l'usufruit des biens que la demanderesse s'était constitué en dot par son contrat de mariage, l'usufruit des biens qui lui étaient advenus depuis, l'usufruit de ses biens paraphernaux.

» Et d'abord, est-il vrai, comme l'a avancé la cour d'appel de Montpellier, que la demanderesse, en donnant à son mari l'usufruit des biens qu'elle s'était constitué en dot, ne lui avait réellement rien donné ?

» En quoi consistait la dot de la demanderesse ? Dans l'universalité de *tous ses biens présens et à venir*, et spécialement dans une somme de 86,000 francs qu'elle avait déclaré *avoir par devers elle.*

» Or, 1° en donnant à son mari l'usufruit de tous ses biens à venir, ne lui donnait-elle rien ? Elle ne lui donnait sans doute rien de déterminé, rien d'actuel, rien sur quoi son mari pût compter avec une pleine certitude.

Mais pour qu'il y ait réciprocité dans une donation mutuelle, il n'est assurément pas nécessaire que les libéralités respectives soient de la même nature. Une donation ne laissera donc pas d'être réciproque, quoique l'une des parties ne donne que des droits incertains, tandis que l'autre donne des droits indubitablement acquis.

» Sans doute si la partie qui donne des droits incertains, trompe son co-donateur sur la nature de ces droits, la donation sera nulle, comme serait nul un échange dans lequel l'un des co-permutans donnerait à l'autre un bien qu'il lui indiquerait comme existant et qui réellement n'existerait pas.

» Mais si les deux co-donateurs connaissent parfaitement l'incertitude des droits que l'un donne à l'autre, il n'y a point de dol, il n'y a point d'erreur; et l'incertitude des droits donnés d'une part, ne peut porter aucune atteinte à la donation qui, de l'autre, est faite de droits certains. C'est ainsi qu'on ne pourrait pas arguer un contrat de vente de nullité, sous le prétexte que l'acheteur se serait obligé au paiement d'une somme déterminée, et que le vendeur n'aurait cédé que des prétentions ou des espérances.

» Qu'a donc fait la cour d'appel de Montpellier, en jugeant que l'on ne devait tenir aucun compte à la demanderesse, de la donation qu'elle avait faite à son mari de l'usufruit de ses biens à venir? Elle a jugé que cette donation devait être considérée comme non avenue, comme nulle dans son principe; et par là, elle a ouvertement violé la loi 35, §. 4 et 5, C. *de Donationibus*, qui permettait expressément de donner les biens à venir; loi qui n'avait reçu, par rapport aux donations entre époux, aucune atteinte de la disposition de l'ordonnance de 1731 par laquelle la faculté de donner autrement que par contrat de mariage, était restreinte aux biens présens, puisque l'art. 46 de cette ordonnance elle-même exceptait formellement de ses dispositions *les dons mutuels et autres donations faites entre mari et femme.*

» 2° En donnant à son mari l'usufruit de la somme de 86,000 francs qu'elle s'était constitué en dot comme formant la totalité de ses *biens présens*, la demanderesse ne lui donnait-elle rien?

» Non, répond la cour d'appel de Montpellier, car Henri de Frégeville s'était obligé, par un écrit sous seing-privé, du 14 pluviôse an 3, de rendre cette somme au sieur Despradels ou à ses héritiers, en cas que son épouse vint à mourir sans enfans.

» Mais d'abord, Henri de Frégeville était très-fondé à croire que l'obligation qu'il avait contractée, le 14 pluviôse an 3, envers le sieur Despradels, était nulle, et qu'en recevant de son épouse l'usufruit de la dot qui en était l'objet, il acquérait, avec le droit d'en faire prononcer la nullité, le droit de jouir de cet usufruit même.

» En effet, la maxime écrite dans l'art. 258 de la coutume de Paris et dans l'art. 223 de la coutume d'Orléans, que les contre-lettres destructives des clauses des contrats de mariage, sont nulles, si elles ne sont signées de toutes les parties dont les contrats de mariage portent les signatures; cette maxime était reçue dans toute la France, et notamment dans le Languedoc, long-temps avant que l'art. 1396 du Code civil l'eût érigée en loi générale.

» Témoin Serres, professeur de droit à Montpelier, qui, dans ses *Institutions au droit Français*, liv. 2, tit. 14, dit que *les donations ou les institutions contractuelles faites en faveur du mariage, sont si fort irrévocables, qu'il n'y peut être dérogé par aucune convention postérieure des parties, non plus qu'à aucun article des conventions matrimoniales concernant l'avantage des mariés ou de leurs enfans; ces changemens ou ces dérogations sont appelées des contre-lettres, et on les casse sur ce fondement que tout ce qui est porté par les contrats de mariage, est immuable suivant la coutume générale de ce royaume.* Et il cite, à l'appui de ce qu'il avance, le président Maynard, qui rend compte, liv. 3, chap. 9, d'un arrêt du parlement de Toulouse, du mois de septembre 1585, par lequel fut annulée, à son rapport, et sur la demande d'un fils, une promesse sous seing-privé que celui-ci avait faite à son père, avant de se marier, de se charger, envers un tiers, de la moitié d'une dette contractée par son père même, pour lui procurer un office dont il lui avait fait donation pure et simple par son contrat de mariage.

» Même doctrine dans le commentaire de Boutaric, professeur de droit à Toulouse, sur les Institutes de Justinien, liv. 3, tit. 22: *On ne peut* (dit-il) *regarder autrement que comme des contre-lettres si expressément prohibées par les lois du royaume, la reconnaissance que fait un mari de plus grande somme que celle qu'il reçoit réellement* (en dot), *ou la donation qu'il fait d'abord après le contrat de mariage, à sa femme, à son beau-père ou belle-mère, d'une somme par lui reconnue et reçue.*

» Or, n'est-ce pas aussi une contre-lettre,

que l'acte sous seing-privé du 14 pluviôse an 3, par lequel Henri de Frégeville, après avoir reconnu, par son contrat de mariage, que sa future épouse lui apportait en dot une somme de 86,000 francs, que réellement elle ne lui apportait pas, mais qu'il devait au sieur Despradels, et dont le sieur Despradels avait consenti qu'elle se dotât, s'obligeait, en cas de prédécès de sa future épouse sans enfans, de restituer cette somme au sieur Despradels? que fallait-il pour que cet acte sous seing-privé constituât une contre-lettre? Il fallait que, par cet acte, il fût dérogé au contrat de mariage. Eh bien! Par le contrat de mariage, le sieur Despradels était censé donner à la future épouse une somme de 86,000 francs; il était censé la lui donner purement et simplement; il était censé la lui donner d'une manière absolue, il était censé la lui donner à titre incommutable. Par l'acte sous seing-privé du même jour, la donation des 86,000 francs, était résoluble dans un cas éventuel; elle devait, ce cas arrivant, retourner au donateur. L'acte sous seing-privé dérogeait donc au contrat de mariage; il avait donc tous les caractères d'une contre-lettre.

» Et qu'on ne dise pas que jugeant cet acte obligatoire pour Henri de Frégeville, la cour d'appel de Montpellier n'a violé aucune loi qu'elle s'est seulement écartée d'un point de jurisprudence.

» Ce n'était sans doute point par une loi, ce n'était sans doute que par la jurisprudence, qu'avait été établie, dans le ci-devant Languedoc, antérieurement au Code civil, la maxime générale que toute contre-lettre qui dérogeait à une clause quelconque d'un contrat de mariage, était nulle.

» Mais cette maxime en tant qu'elle s'appliquait spécialement aux contre-lettres qui portaient préjudice à la dot de la femme, ce n'était pas seulement la jurisprudence qui l'avait établie dans le ci-devant Languedoc: elle y était fondée sur deux textes positifs du droit romain.

La loi 7, D. *de pactis dotalibus*, et la loi 7, C. *de jure dotium*, déclaraient expressément nul tout pacte qui, sans l'intervention de la future épouse, était formé à son préjudice, et postérieurement à la constitution de sa dot, entre le constituant et le futur époux.

» Mais après tout, quand l'acte, sous seing-privé du 14 pluviôse an 3, aurait été, comme l'a prétendu la cour d'appel de Montpellier, obligatoire pour Henri de Frégeville, on ne peut du moins nier que Henri de Frégeville n'eût des raisons assez plausibles pour penser le contraire; et dès-lors, nul doute qu'il n'ait pu accepter comme cession éventuelle d'un droit sujet à litige, la donation que son épouse lui faisait de l'usufruit de sa dot, dans le cas où il la survivrait; nul doute, par conséquent, que, de ce chef, il n'y ait eu réciprocité dans la donation du 13 frimaire an 4.

» Il y a plus: admettons qu'entre Henri de Frégeville et le sieur Despradels, l'acte sous seing-privé, du 14 pluviôse an 3, fut tellement obligatoire et le fût avec une telle évidence, que Henri de Frégeville n'ait pu compter recevoir de son épouse, par la donation du 13 frimaire an 4, le droit ni même l'espoir d'en faire prononcer la nullité: dans cette hypothèse, pourra-t-on dire que son épouse ne lui donnait rien, en lui donnant l'usufruit de sa dot mobilière? Non, et il y en a une raison sans réplique.

» C'est que la dame de Frégeville n'étant point intervenue dans cet acte sous seing-privé, cet acte ne pouvait, quelque événement qu'il arrivât, lui être opposé, soit par son mari, soit par les héritiers de son mari. Henri de Frégeville, en déclarant, par son contrat de mariage, qu'il avait reçu de sa future épouse les 86,000 francs qu'elle avait déclaré, de son côté, lui apporter en dot, s'était imposé l'obligation de la restituer, ou à elle-même ou à ses héritiers, après la dissolution du mariage. En vain donc, si elle était morte la première sans enfans, serait-il venu dire à ses héritiers: *La dot que vous répétez contre moi, je l'ai remboursée au sieur Despradels, et je ne puis pas la rendre deux fois.* Les héritiers de la dame de Frégeville lui auraient répondu victorieusement: *que nous importe le remboursement que vous avez fait au sieur Despradels? La défunte, que nous représentons, n'a pris aucune part à l'obligation que vous avez contractée envers lui: cette obligation est pour nous* res inter alios acta; *en éteignant, par le remboursement que vous lui avez fait, l'obligation que vous avez contractée envers lui, vous n'avez point éteint l'obligation que vous avez contractée envers nous; et vous demeurez toujours notre débiteur.*

» Mais cela posé, comment peut-on dire que la dame de Frégeville n'a rien donné à son mari, le 13 frimaire an 4, en lui donnant l'usufruit de sa dot mobilière? Bien évidemment, elle lui a donné, par là, le droit de ne restituer qu'à sa mort, en cas qu'il la survécût, une somme de 86,000 francs, qu'il eût été indispensablement tenu, ce cas arrivant, de restituer à ses héritiers, immédiatement après la dissolution du mariage; et la cour d'appel de Montpellier, en jugeant le contraire, a manifestement violé deux lois romaines, savoir, la

loi 27, §. 4, D. *de pactis*, qui décide que les conventions, ne lient que les personnes entre lesquelles elles ont été faites : *antè omnia animadvertendum est ne conventio in aliâ re facta* AUT CUM ALIA PERSONA, *in aliâ re* ALIAVE PERSONA *noceat;* et la loi 12, C. *de solutionibus*, qui décide que le paiement fait à un autre que le créancier, sans l'aveu de celui ci, ne libère point le débiteur : *invito vel ignorante creditore qui solvit alii, se non liberat obligatione.*

» En second lieu, la demanderesse, en donnant à son mari l'usufruit des biens qui lui étaient *advenus pendant le mariage*, ne lui avait-elle réellement rien donné ?

» Non, répond encore la cour d'appel de Montpellier ; car la dame de Frégeville n'avait, au moment de la donation du 13 frimaire an 4, *aucuns biens advenus pendant le mariage.*

» Mais comment la cour d'appel de Montpellier a-t-elle pu tenir un pareil langage, tandis qu'elle avait sous les yeux deux actes, l'un passé devant notaires, le 6 floréal an 11, l'autre sous seing-privé, en date du 30 fructidor an 12, par lesquels Henri de Frégeville avait reconnu que, par le décès du sieur de Possac son beau-père, arrivé le 2 ventôse an 3, il était échu à son épouse deux sommes d'argent montant ensemble à 8,702 livres ; tandis surtout que le contenu de ces deux actes avait été rappelé, en toutes lettres, dans la transaction souscrite le 24 septembre 1806, entre la demanderesse et le fondé de pouvoir du défendeur ? Et n'est-il pas évident qu'en méconnaissant ainsi un fait constaté par des titres faisant pleine foi contre le défendeur, la cour d'appel de Montpellier a foulé aux pieds et les art. 1320 et 1322 du Code civil, et les lois romaines dont ces articles ne sont que la répétition textuelle ?

» En troisième lieu, la demanderesse, en donnant à son mari l'usufruit de ses biens paraphernaux, ne lui avait-elle rien donné ?

» La cour d'appel de Montpellier répond encore que non, et sa raison est encore qu'à l'époque de la donation du 13 frimaire an 4, la demanderesse n'avait point de biens paraphernaux.

» Mais qu'avait entendu, qu'avait pu et dû entendre la demanderesse en donnant à son mari l'usufruit de ses biens de cette nature ?

» Avait-elle entendu, avait-elle pu entendre lui donner l'usufruit des biens qu'elle se fût réservés par son contrat de mariage pour les posséder en paraphernal ? Non, puisqu'elle s'était par son contrat de mariage, constitué en dot tous ses biens présens et à venir et que, par le même acte, elle avait expressément déclaré n'avoir d'autres biens présens que la somme de 86,000 francs dont nous avons déjà tant parlé.

» A-t-elle entendu, a-t-elle pu entendre lui donner l'usufruit de biens qui, depuis la célébration de son mariage, lui eussent été donnés ou légués, soit par des parens collatéraux, soit par des étrangers, sous la condition de les posséder en paraphernal ? Non, puisqu'elle venait de lui donner, par la clause immédiatement précédente, l'usufruit de tous les biens qui lui étaient *advenus pendant le mariage*, et que, dans la généralité de cette clause, se trouvaient certainement compris les biens paraphernaux, comme les biens dotaux.

» Ce n'est donc pas de ses biens paraphernaux présens, mais de ses biens paraphernaux à venir, qu'elle a pu et dû entendre donner l'usufruit à son mari.

» Il est vrai qu'en appliquant cette donation à ses biens paraphernaux présens, qu'elle n'avait pas, la cour d'appel de Montpellier n'a violé aucune loi, et qu'elle a seulement mal raisonné.

» Il est vrai encore que, par le mauvais raisonnement qu'elle a fait à cet égard, elle est parvenue à juger, en fait et d'une manière qui ne laisse aucune prise à la cassation, que la donation mutuelle du 13 frimaire an 4 était, de la part de la demanderesse, dépourvue de réciprocité dans l'un de ses objets ; et qu'en thèse générale, il n'en faudrait pas davantage pour soustraire son arrêt à votre censure.

» Mais prenons garde à une chose. Pourquoi, en thèse générale, le défaut même partiel de réciprocité emporte-t-il la nullité d'une donation mutuelle ? Parceque, dans une donation mutuelle, chacun des co-donateurs est censé dire à son co-donataire : *Je vous donne, si vous me donnez ;* parce qu'il regarde la donation qu'il reçoit, comme la condition *sine quâ non* de la donation qu'il fait.

» Le principe qu'à défaut de réciprocité, la donation mutuelle est sans effet pour celui des co-donateurs de qui provient ce défaut, n'est donc applicable qu'au cas où ce défaut a été ignoré du co-donateur prédécédé ; il n'est donc pas applicable au cas où le co-donateur prédécédé a su, en donnant, qu'il ne recevait rien en retour.

» Si, pour déclarer nulle la donation du 13 frimaire an 4, la cour d'appel de Montpellier s'était fondée sur la volonté présumée de Henri de Frégeville ; si elle avait dit : *Henri de Frégeville n'a donné à sa femme, qu'en considération de ce que sa femme paraissait lui donner ; sa femme ne lui a rien donné d'affectif ; donc la donation qu'il a faite à sa femme, se trouve dénuée de cause ;* nous n'aurions qu'à gémir de l'erreur qui aurait

déterminé son arrêt; son arrêt échapperait nécessairement à la cassation.

» Mais ce n'est pas ainsi qu'a raisonné la cour d'appel de Montpellier; il était même impossible qu'elle raisonnât ainsi; il devait lui paraître, et il lui paraissait en effet, trop évident que Henri de Frégeville avait voulu donner à sa femme, sachant très-bien, non-seulement que sa femme ne possédait, à cette époque, aucun bien paraphernal, mais encore qu'il s'était obligé, après la mort de sa femme sans enfans, à restituer sa dot au sieur Despradels.

» La cour d'appel de Montpellier n'a fondé son arrêt que sur la fausse apparence dont Henri de Frégeville avait, selon elle, revêtu la donation qu'il avait faite à sa femme. *La réciprocité*, a-t-elle dit, *n'étant qu'une supposition et une chimère, la donation mutuelle et réciproque n'a jamais existé que dans l'acte simulé entre les deux époux.* DANS L'ACTE SIMULÉ ENTRE LES DEUX ÉPOUX ! C'est donc par le fait simultané des deux époux, qu'existe, dans l'acte, la prétendue Simulation qu'y trouve la cour d'appel de Montpellier; ce n'est donc pas par le fait seul de la demanderesse, ce n'est donc pas à l'insçu et sans la participation de son mari, qu'il y est énoncé que la demanderesse donne à son mari des objets qu'elle n'a pas, ou qu'elle ne peut pas lui donner. Le mari de la demanderesse est donc, dans la prétendue fausseté de cette énonciation, complice du mensonge imputé à la demanderesse elle-même.

» Dès-là, à quoi se réduit le motif de l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier ? Il se réduit évidemment à ces propositions : *Henri de Frégeville a voulu ne paraître donner à sa femme, que par un juste retour de ce que sa femme lui donnait. Il a voulu cacher une donation simple sous les couleurs d'une donation mutuelle. Il pouvait faire une donation simple, et il ne l'a point faite. Il a fait une donation mutuelle, et il ne pouvait, pas la faire. Donc ce qu'il a fait est nul.*

» Mais en raisonnant ainsi, la cour d'appel de Montpellier a violé formellement plusieurs lois romaines qui étaient encore dans toute leur vigueur à l'époque de la donation que ce raisonnement l'a conduite à déclarer nulle.

» La loi 3, C. *de contrahendâ emptione*, décide que la donation déguisée sous l'écorce d'une vente, est nulle comme vente, mais vaut comme donation : *Si quis donationis causâ venditionis contractus simulatus est, emptio in sud deficit substantiâ. Sanè in possessionem rei sub specie traditionis causâ donationis ut te aleret, induxisti, sicut perfecta donatio facilè rescindi non potest, ità legi quam tuis rebus donans dixisti, parere convenit ;* et Brunneman, dans son commentaire sur cette loi, en conclud *simulatam emptionem, licet non valeat illa ut emptio, valere tamen ut alium contractum, qui revera intenditur, quia contractus simulatus à licito ad licitum jure non est irritus.* Godefroy, dans sa note sur le même texte, dit également : *et ità si non valet quod ago, ut ago. valet ut valere potest. Non valet ut venditio, valet ut donatio; inspicitur voluntas contrahentium quibus animus fuit donare, ità ut verus contractus donationis prævaleat simulatæ venditioni.*

» La loi 9 du même titre consacre le même principe : *Sed et si donationis gratiâ prædii factum venditionem traditio subsequatur, actione pretii nullâ competente, perficitur venditio.*

» Et c'est encore d'après ce principe, que la loi dernière, D. *pro donato*, déclare que, *donationis causâ facta venditione, non pro emptore, sed pro donato res tradita usucapitur.*

» Et qu'on ne dise pas que ces lois sont particulières au cas de la donation faite sous le nom d'une vente. Ces lois ne font évidemment, comme l'observent Godefroy et Brunneman, qu'appliquer à ce cas un principe général qu'elles supposent, savoir, qu'un acte simulé vaut tel qu'il est, lorsqu'il ne peut pas valoir tel que les parties l'ont qualifié, et que tel qu'il est, il n'offense aucune loi.

» Mais ce principe général n'est pas seulement supposé par les lois que nous venons de mettre sous vos yeux ; il est encore écrit en toutes lettres dans un titre exprès du Code de Justinien, dans le titre *plus valere quod agitur quàm quod simulatè concipitur.*

» Aussi, sur ce titre même, le président Favre rapporte-t-il, déf. 3, un arrêt du sénat de Chambery, du 24 janvier 1590, qui juge que *tùm demùm prorsùs inutile est negotium quod simulatè geritur, cùm nec eo modo valere potest quo actum est ut valeret; alioqui semper sequimur quod actum fuit ut plus valeat quod actum est quàm quod simulatè concipitur.*

» Dans notre espèce, Henri de Frégeville pouvait faire à son épouse une donation simple. Au lieu de la lui faire en termes exprès, il la lui a faite (du moins nous le supposons avec la cour d'appel de Montpellier) sous l'apparence d'une donation mutuelle. Que cette donation soit nulle comme donation mutuelle, à la bonne heure. Mais de là même il suit qu'elle devait valoir telle que Henri de Frégeville pouvait la faire, et que, puisqu'elle n'est, dans la réalité, qu'une donation simple, c'est cette donation simple qu'elle doit être exécutée.

» Voilà ce qui résulte des textes du droit romain que nous venons de parcourir.

» C'est aussi ce que la cour juge constamment. Vingt fois vous avez maintenu les arrêts qui avaient proclamé ces maximes; vingt fois vous avez cassé les arrêts qui les avaient méconnues; et comme vous le disiez, le 31 octobre 1809, en rejetant, au rapport de M. Boyer, la demande en cassation d'un arrêt de la cour d'appel d'Agen, qui avait déclaré valable une donation déguisée sous le titre d'une vente, *La Simulation simple, lorsqu'elle n'est pratiquée ni pour éluder une incapacité établie par la loi, ni pour donner une couleur légale à un acte prohibé, lorsqu'enfin elle n'est accompagnée d'aucune fraude faite aux lois, aux bonnes mœurs ou au droit des tiers, n'est pas un moyen de nullité des actes que les parties ont voulu consentir, et qu'elles ont pu consentir sous la forme qu'elles lui ont donnée.*

» Mais ce qui s'applique encore plus directement à notre espèce, ce sont deux arrêts des 13 août 1806 et 28 avril 1807, par lesquels vous avez cassé deux arrêts de la cour d'appel de Paris, qui avaient annulé des obligations sous le prétexte de la fausseté des *causes* qui y étaient exprimées, quoiqu'elles eussent eu des *causes* légitimes que les parties avaient cru devoir dissimuler.

» Pourquoi en effet, dans notre espèce, la cour d'appel de Montpellier a-t-elle déclaré nulle la donation faite, le 13 frimaire an 4, par Henri de Frégeville à son épouse? Parceque la *cause* qui y est exprimée n'est pas vraie, c'est-à-dire, parceque l'épouse de Henri de Frégeville ne lui donne pas réellement tout ce qu'elle paraît lui donner en échange de ce qu'elle reçoit de lui. Mais cette cause écartée, il en reste une très-légitime, savoir, l'intention qu'avait Henri de Frégeville d'avantager son épouse, quelque bien instruit qu'il fût de l'impossibilité où se trouvait son épouse de lui donner en retour tout ce qu'elle paraissait lui donner.

» Et quand nous disons que cette intention est une cause très-légitime, nous ne faisons qu'emprunter le langage de Pothier, dans son *Traité des Obligations*, n° 42. *Dans les contrats intéressés* (dit ce jurisconsulte), *la cause de l'engagement que contracte l'une des parties, est ce que l'autre partie lui donne ou s'engage de lui donner, ou le risque dont elle se charge. Dans les contrats de bienfaisance, la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre, est une cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte envers elle.*

» Veut-on, au surplus, mettre ici à l'écart ces textes du droit romain? Veut-on prétendre que ce n'est pas aux lois qui étaient en vigueur à l'époque de la donation, mais aux lois qui étaient en vigueur à l'époque de la mort de Henri de Frégeville, c'est-à-dire, au Code civil, que l'on doit ici s'en rapporter sur la question de savoir quel doit être l'effet d'une donation simple déguisée sous les couleurs, soit d'une donation mutuelle, soit d'un contrat à titre onéreux,

» Eh bien! Dans cette hypothèse, nous arriverons encore au même résultat.

» En effet, les art. 911 et 1099 du Code civil consacrent implicitement le principe que nous venons d'établir d'après les lois romaines.

» Ces deux articles, en disant que toute disposition au profit d'un incapable sera nulle, quand même on la déguiserait sous la forme d'un contrat onéreux, font clairement entendre que le seul déguisement d'une donation sous la forme d'un contrat onéreux, n'est pas une cause suffisante d'annullation, et qu'il ne devient tel que par son concours avec l'incapacité du donataire.

» Aussi, par deux arrêts des 20 octobre 1812 et 31 mai dernier, rendus, l'un au rapport de M. Boyer, l'autre au rapport de M. Pajon, avez-vous cassé, comme contraires au Code civil, deux arrêts des cours d'appel de Besançon et de Gênes, qui avaient annulé, sous le prétexte qu'ils contenaient des donations déguisées, des contrats de vente dont les auteurs étaient morts sous le Code civil lui-même.

» Il est donc indifférent qu'ici l'on s'en tienne au Code civil, ou que l'on remonte jusqu'au droit romain: la cour d'appel de Montpellier les a également violés l'un et l'autre.... ».

Le 23 juin 1813, arrêt, au rapport de M. Cochard, qui, adoptant ces conclusions, casse celui de la cour d'appel de Montpellier. On en trouvera le texte au mot *Transaction*, §. 5, n° 4 *bis*.]]

§. VI. *Des cas où l'on peut opposer la Simulation dans les actes où l'on a été partie.*

I La Simulation, de même que toutes les espèces de fraudes, peut quelquefois retomber sur ceux qui en sont les auteurs, ou qui y ont contribué; et l'on a douté, dans ce cas, si ceux à qui l'on oppose l'acte simulé, pour en prendre droit contre eux, pouvaient se défendre en alléguant la Simulation de l'acte.

Plusieurs jurisconsultes décident que non: ils se fondent, pour cela, sur les textes de droit

qui disent que personne ne peut invoquer sa propre turpitude pour sa défense.

D'autres jurisconsultes pensent, au contraire, que la Simulation peut être opposée par l'un des contractans, du moins par forme d'exception, parceque, suivant les lois mêmes, on peut alléguer sa propre turpitude dans ce dernier cas.

Il est facile de voir qu'une règle générale entraînerait bien des abus. Il faut donc distinguer les différentes personnes qui se font un moyen de l'acte simulé, et les diverses preuves qu'on peut tirer de la Simulation.

Si la Simulation d'un contrat est prouvée par un autre acte, du fait des mêmes parties, il n'est pas douteux qu'on ne puisse [[en thèse générale sauf les exceptions expliquées à l'article *Contre-lettre*]] opposer ce dernier acte au premier.

Mais lorsque l'un des contractans oppose à l'autre la Simulation d'un acte, sans en avoir la preuve dans une contre-lettre, il ne doit s'en prendre qu'à lui-même de ne s'être pas assuré une preuve par écrit qu'il pouvait se procurer. La présomption est donc alors pour la vérité de l'acte ; et l'on doit suivre à la rigueur les lois qui défendent d'admettre la preuve par témoins *contre et outre le contenu aux actes*, s'il n'y a un commencement de preuve par écrit.

C'est ainsi qu'on l'observe particulièrement en France, lorsque le créancier qui a donné quittance, prétend qu'il n'a pas été payé, ou que le débiteur prétend qu'il n'a pas reçu l'argent énoncé dans sa reconnaissance.

Cependant cette règle reçoit quelques modifications dans plusieurs parlemens et dans quelques coutumes. On y distingue les actes authentiques, de ceux qui sont sous signatures privées ; et ceux qui portent que la numération des espèces a été faite devant notaires, d'avec ceux qui portent simplement une reconnaissance que la somme a été payée. *V.* l'article *Exception d'argent non compté*.

II. Mais, dans tous les cas, rien n'empêche que celui qui prétend que l'acte est simulé, ne défère le serment à son adversaire sur la sincérité de l'acte.

III. Si néanmoins, comme cela peut arriver, on opposait à l'acte dont l'un des contractans demande l'exécution, des vices de dol, de violence ou d'usure, la preuve testimoniale devrait être admise sans difficulté, non pas du chef de la Simulation, mais de celui du vice que la Simulation a eu pour objet de couvrir.

Il en est de même lorsqu'on soutient qu'une reconnaissance causée pour argent prêté, ou pour toute autre cause légitime, procède d'une cause prohibée par les lois. Dans tous ces cas, ce n'est pas simplement la Simulation dont on admet la preuve, mais la contravention aux lois prohibitives, qui doivent l'emporter, parcequ'elles sont fondées sur des motifs d'intérêt public.

[[Il y a du vrai dans toutes ces assertions, mais elles sont trop générales ; et je crois devoir, en revenant sur ce que j'ai dit moi-même un peu vaguement là-dessus, au mot *Preuve*, sect. 2, §. 3, art. 11, n° 22-9°, m'expliquer avec plus de précision.

Le grand principe est qu'aux termes de l'art. 1341 du Code civil, nulle preuve testimoniale n'est admissible de la part de celui qui a souscrit, soit un acte authentique, soit un acte sous seing-privé, *contre ni outre le contenu de ces actes* ; et ce principe amène nécessairement la conséquence que toute partie qui a signé un acte, est non-recevable à en prouver la Simulation par témoins.

Mais cette conséquence est, comme le principe dont elle dérive, limitée par deux exceptions, qui portent, l'une sur le cas où il est allégué que la Simulation est l'effet de la violence ; l'autre, sur le cas où il est allégué que la Simulation est l'effet du dol ou de la fraude.

Dans le premier cas, point de doute que la preuve par témoins ne soit admissible, puisque la violence est un fait dont il n'est pas possible de se procurer une preuve par écrit, et que là s'applique d'elle-même la disposition de l'art. 1348 qui déclare les faits de cette nature susceptibles de la preuve testimoniale.

C'est la même chose dans le second cas ; et c'est ce qui résulte clairement de l'art. 1353, qui, en faisant marcher de front les présomptions morales et la preuve par témoins, les admet également pour établir qu'il y a eu *fraude ou dol* dans un acte.

La première de ces exceptions ne peut donner lieu à aucune difficulté : elle est applicable à tous les cas où il est articulé que la Simulation d'un acte a été l'effet de la violence, et l'on sent bien que la violence ne peut avoir déterminé la Simulation d'un acte, qu'autant qu'elle a été employée contre celui qui argue l'acte de Simulation.

Mais il n'en est pas toujours de même de la fraude : elle peut avoir été employée de deux manières pour déguiser l'acte : elle peut l'avoir été à l'insçu ou contre la volonté libre du réclamant, et elle peut l'avoir été avec sa pleine et libre participation : en d'autres termes, le réclamant peut en avoir été la victime,

et il peut aussi en avoir été l'auteur ou le complice.

Que le réclamant puisse prouver par témoins la fraude dont il allégue avoir été la victime et qu'il prétend avoir été pratiquée à son insçu ou contre sa volonté libre, cela est tout simple; et c'est sur ce fondement que l'on admet la preuve par témoins pour établir qu'un contrat de prêt est infecté d'usure, ou qu'une obligation quelconque a pour cause une dette de jeu.

Mais lorsque la fraude qu'il articule, a été, de son aveu, ou son propre ouvrage ou l'ouvrage simultané de sa volonté et de celle de son co-contractant, à quel propos l'admettrait-on à en faire la preuve par témoins? Du seul fait qu'il est l'auteur ou le complice volontaire de la fraude, il résulte nécessairement qu'il n'a tenu qu'à lui de s'en procurer la preuve par écrit, en se faisant remettre par celui au profit duquel il l'a commise, un acte qui en contînt la reconnaissance. Or, il est de principe, il résulte même évidemment de la combinaison des art. 1341 et 1348 du code civil, que jamais on ne peut être admis à prouver par témoins un fait dont on a pu se procurer une preuve littérale; et il n'est pas d'autre moyen de concilier ce principe avec la généralité de la disposition de l'art. 1353, que de restreindre celle-ci au cas où il s'agit de fraude commise, soit au préjudice d'un tiers, soit au préjudice, mais à l'insçu ou contre la volonté libre de l'une des parties contractantes, puisque, hors ce cas, comme le dit en toutes lettres, un arrêt de la cour de cassation du 4 janvier 1817, *les parties contractantes ayant respectivement voulu et consenti la Simulation, sont non-recevables à la prouver par témoins et doivent s'imputer de ne pas s'en être assuré la preuve par écrit, comme il était en leur pouvoir de le faire* (1).

Aussi un autre arrêt de la même cour, du 29 mai 1827, en a-t-il cassé un de la cour royale de Riom, qui avait admis le sieur Lapeyre à prouver par témoins qu'une obligation qu'il avait souscrite au profit de Marguerite Boulet, avait pour cause une promesse réputée non obligatoire par la loi, et par conséquent que c'était pour frauder la loi qu'il lui avait supposé une autre cause; et l'a-t-il cassé « attendu que la fraude à la loi ne peut être » un moyen d'admissibilité à la preuve testimoniale, puisque, d'une part, le sieur Lapeyre, seule partie dans l'acte, en serait » seul l'auteur, et que d'ailleurs l'art. 1353 du » Code n'entend, par l'exception y portée, » que les cas de dol et de fraude imputables à » la partie contre laquelle les faits sont articulés (1) ».

Par là se résoud d'elle-même la question de savoir si la preuve par témoins de la Simulation est admissible de la part d'un père qui prétend que le contrat qu'il a souscrit avant son mariage, n'était que le masque d'une donation qu'il a réellement faite, et qu'elle n'a été ainsi déguisée qu'en fraude de l'art. 965 du code civil, aux termes duquel, « toute clause ou » convention par laquelle le donateur aurait » renoncé à la révocation de la donation pour » survenance d'enfant, sera regardée comme » nulle, et ne pourra produire d'effet ».

Cette question s'est présentée dans l'espèce suivante :

Le sieur Darmenté avait d'abord fait un testament par lequel il léguait tous ses biens à la dame Buzy, sa sœur, et l'avait ensuite révoqué; mais peu de temps après, il avait souscrit, sous la date du 25 mars 1811, un acte notarié par lequel il reconnaissait devoir à sa sœur, pour cause de prêt, une somme de 6,000 francs, qu'elle ne pourrait exiger qu'après son décès, et qui jusqu'alors ne produirait point d'intérêt.

Marié depuis et devenu père, il a soutenu, en articulant plusieurs faits dont il a offert la preuve, que cette obligation n'était qu'une donation déguisée, et qu'elle était, en conséquence, revoquée par survenance d'enfant.

Le 7 mai 1818, jugement qui le déclare non-recevable, « attendu qu'il n'est pas permis à » l'une des parties contractantes, d'arguer de » Simulation l'acte qu'elle a souscrit volontairement ».

Mais sur l'appel, arrêt de la cour royale de Toulouse, du 9 janvier 1820, qui,

« Attendu que la qualité des parties qui figurent dans l'acte du 25 mars 1811, la circonstances qu'il était alors sans enfans, les dispositions testamentaires qu'il avait faites en faveur de sa sœur, et qui prouvent ses intentions de la gratifier, l'acte par lequel il révoqua ses premières dispositions, et qui ont inspiré à Philippine Darmenté (femme Buzy) le besoin de lier son frère par un acte irrévocable, l'impossibilité où elle était de prêter une somme de 6,000 francs, l'invraisemblance que son mari, dont la fortune est très-bornée, lui eût fourni une pareille somme, les clauses de l'acte du 25 mars 1811, où on ne mentionne aucune numération d'espèces, et où la préten-

(1) *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Enregistrement (droit d')*, §. 3, n° 2.

(1) *Ibid.*, au mot *Dot*, §. 1, n° 1.

due créancière se soumet à n'exiger le capital qu'au décès du prétendu débiteur, avec renonciation à tous intérêts, tout prouve la Simulation de l'acte du 25 mars 1811;

» Attendu que cette Simulation fut accompagnée d'une tentative de dol et de fraude, ayant pour objet d'éluder les dispositions de la loi sur la révocabilité des donations entre-vifs pour cause de survenance d'enfans; mais que ce dol et cette fraude furent entièrement l'ouvrage de Philippine Darmenté, et demeurèrent étrangers à son frère, qui évidemment n'avait aucun intérêt à les commettre;

» Attendu que, s'il est de règle que la Simulation d'un contrat ne peut être alléguée et prouvée par les parties qui y ont figuré, c'est par une suite du principe que nul ne peut être admis à alléguer sa propre turpitude; que, dès lors, la règle cesse, lorsque la Simulation n'a été accompagnée d'aucune fraude de la part de celui qui allègue la Simulation; que les auteurs et les tribunaux l'ont constamment décidé ainsi, et que, d'après ce qui a été dit plus haut, cette exception est applicable à Jean Darmenté, avec d'autant plus de raison que, dans l'espèce, ce dernier agit plutôt pour son fils que pour lui, et qu'il importe à l'ordre public d'empêcher qu'on n'élude les dispositions législatives sur la révocabilité des donations entre-vifs pour cause de survenance d'enfans;

» Attendu que l'affectation de déguiser, sous les apparences d'un contrat onéreux, un acte de simple libéralité, place ledit acte sous l'influence des dispositions portées par l'art. 965 du Code civil;

» Attendu que la preuve offerte par Jean Darmenté, serait admissible en droit; mais qu'elle est inutile en fait, d'après les présomptions qui existent déjà au procès;

» Faisant droit aux parties, et, sur l'appel relevé par Darmenté, réforme le jugement du 7 mai 1818; déclare l'acte du 25 mars 1811 simulé, dans l'unique objet de déguiser, sous les apparences d'un contrat d'obligation une donation entre-vifs de la somme de 6,000 francs; et vu la survenance d'un enfant légitime du donateur, laquelle révoque de plein droit les libéralités antérieurement faites par le père, annulle ledit acte du 25 mars 1811 (1) ».

Cet arrêt peut avoir bien jugé dans l'espèce sur laquelle il a été rendu, surtout s'il était prouvé par écrit, ou avoué par Philippine Darmenté, que ni elle ni son mari n'avait été en état de prêter à leur frère et beau frère la somme portée dans l'acte du 25 mars 1811, parcequ'alors il serait résulté de ce fait combiné avec la clause par laquelle *la prétendue créancière se soumettait à n'exiger le capital qu'au décès du prétendu débiteur avec renonciation à tous intérêts*, non-seulement un commencement de preuve par écrit, mais encore un concours de présomptions graves précises et concordantes, qui aurait suffi, d'après l'art. 1353 du Code civil, pour établir la Simulation alléguée par le sieur Darmenté.

Mais cet arrêt a certainement mal jugé, il a certainement méconnu l'esprit de l'art. 1353 du Code civil, lorsque, par l'un de ses motifs, il a dit que la preuve établie par le sieur Darmenté eût été *admissible en droit*, si elle n'eût pas été *inutile* dans le fait.

V. mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Dot*, §. 2, n°. 1.]]

V. Lorsqu'enfin la Simulation est opposée par l'un des contractans à des tiers qui veulent se prévaloir de l'acte, tel qu'il est conçu, il faut presque toujours avoir la preuve complète par écrit, de la Simulation de l'acte, c'est-à-dire, une contre-lettre. Il faut, de plus, que la contre-lettre soit de même date que le contrat, ou d'une date antérieure, et que cette date soit constatée par un acte authentique, ou du moins par le contrôle. Une contre-lettre sous signature privée, qui ne serait pas contrôlée, ne suffirait pas; car les actes sous seing-privé, pouvant être antidatés, ne font pas foi de leur date contre des tiers.

Pothier le décide ainsi, *Traité des retraits*, n° 118; et dans son *Introduction à la coutume d'Orléans*, cet auteur ajoute que, lorsqu'on exerce le retrait en vertu d'un acte qui porte l'apparence d'une vente, l'acquéreur ne peut pas opposer lui-même la Simulation, parcequ'il exciperait du droit d'autrui; mais cela doit s'entendre du cas où la vente simulée ne couvrirait pas un autre contrat qui transférerait la propriété à l'acquéreur, puisqu'en opposant la Simulation dans ce dernier cas, il exciperait de son propre droit.

[[Au surplus, il est à remarquer que les contre-lettres, lors même qu'elles sont authentiques et de la même date que les actes auxquels elles se réfèrent, n'ont plus, contre les tiers, l'effet que leur attribuait l'ancienne jurisprudence, au moins dans le ressort du parlement de Paris. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Contre-lettre*, §. 5.

§. VII. *Le jugement qui annulle une vente comme simulée, donne-t-il lieu*

(1) Journal des audiences de la cour de cassation; année 1821, supplément, page 88.

à un droit proportionnel d'enregistrement?

Cette question est traitée à l'article *Enregistrement* (droit d'), §. 2, et sous le même mot dans mon *Recueil de Questions de droit*, §. 3, n° 2.]]

V. Cæpolla, *de Simulatione contractuum*; le chap. 8 du Traité de Danty et Boiceau sur la preuve par témoins; le Traité de Vervins sur le même objet; les commentateurs sur l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins, et sur le tit. 20 de l'ordonnance de 1667, et les articles *Dol. Dot.* §. 3; *Fraude*, *Indices*, *Nonobstant*, *Nécessité jurée*, *Présomption*, *Preuve*, etc. (M. GARRAN DE COULON.) *

V. aussi mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Contrat pignoratif*, et *Simulation*.

* SOCIÉTÉ. C'est une convention par laquelle deux ou plusieurs particuliers mettent en commun entre eux tous leurs biens, ou une partie, en quelque commerce, ouvrage ou autre affaire, pour en partager les profits et en supporter la perte en commun, chacun selon ses fonds ou ce qui est réglé par le traité de Société;

[[Ou, comme dit l'art. 1832 du Code civil, « la Société est un contrat par lequel » deux ou plusieurs personnes conviennent » de mettre quelque chose en commun, dans » la vue de partager le bénéfice qui pourra en » résulter ».

1° Déterminer la nature de ce contrat, les choses requises pour son essence, et les objets qui peuvent en être la matière;

2° En distinguer les différentes espèces;

3° Exposer les formalités auxquelles est soumis le contrat de Société, tant pour sa perfection intrinsèque, que pour son exécution et sa preuve;

4° Remarquer les clauses les plus ordinaires dont un pareil acte est susceptible;

5° Examiner ce qui résulte de l'association d'un tiers à la part d'un des associés;

6° Fixer les obligations des associés, tant entre eux qu'envers les tiers; expliquer les différentes espèces d'actions qui en résultent, et la manière de les poursuivre, de les juger, de faire exécuter les jugemens dont elles sont suivies, et de les prescrire;

7° Parcourir les règles relatives à la dissolution de la Société;

8° Retracer celles qui concernent la liquidation, le compte et le partage qui suivent cette dissolution, et les pouvoirs des liquidateurs;

9° Dire enfin un mot des droits d'enregistrement auxquels donnent lieu les actes d'associations, les dissolutions et les liquidations de Société,

Tels sont les objets de cet article, auquel il est suppléé, sur plusieurs points importans, par mon *Recueil de Questions de droit* au mot *Société*.

SECTION I. *Nature du contrat de Société. Conditions requises pour son essence. Objets qui peuvent en être la matière.*]]

I. Le contrat de Société est synallagmatique, puisque chacune des parties y est obligée envers les autres: il est aussi au rang des contrats communatifs, attendu que chacune des parties contractantes entend recevoir autant qu'elle donne.

II. Il est de l'essence de ce contrat que chacune des parties mette quelque chose dans la Société, soit de l'argent, soit des effets, soit son travail. [[« Chaque associé (dit le Code » civil, art. 1873) doit y apporter, ou de » l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie ».]]

Il est pareillement de l'essence de ce contrat, que les parties se proposent de faire un bénéfice dans lequel chacun des contractans puisse espérer d'avoir part à raison de sa mise dans la Société. Il suit de là que, si, par l'acte de Société, on était convenu que la totalité du bénéfice appartiendrait à l'un des contractans, sans que l'autre y pût rien prétendre, la convention serait nulle, comme évidemment injuste. C'est cette sorte de convention que les jurisconsultes romains ont appelée *Société léonine*, par allusion à la fable du lion, qui, ayant fait une convention de Société avec d'autres animaux pour aller à la chasse, s'empara seul de toute la proie.

[[L'art. 1833 du Code civil réduit cette règle à des termes très-simples: « Toute Société doit » être contractée pour l'intérêt commun des » parties ».

III. Le même article porte que « toute Société » doit avoir un objet licite ».

Ainsi, toute entreprise, tout commerce, tout ouvrage qui n'a rien de contraire aux lois ni aux bonnes mœurs, peut être la matière d'une Société.

Mais il ne peut pas exister de contrat pareil pour des choses illicites. Par exemple, si deux personnes s'associaient pour voler ou faire la contrebande, elles ne seraient aucunement

obligées l'une envers l'autre en vertu de cette association; et si l'une faisait des profits ou essuyait des pertes dans l'entreprise qu'elles ont formée en commun, elle ne serait ni tenue de communiquer les uns à son associé, ni fondée à le faire contribuer aux autres. C'est ce qui résulte de la loi 1, §. 14, D. *de tutelâ et rationibus distrahendis*, et de la loi 57, D. *pro socio*.

Le 13 avril 1776, le sieur Sutton, chirurgien anglais, naturalisé en France, possédant le secret d'une manière d'inoculer, qui, de son nom, a été appelée *suttonienne*, et le sieur O Ryan, médecin anglais, établi à Lyon, ont fait ensemble une convention dont voici les principales clauses :

« 1° Le sieur Sutton s'engage et s'oblige de montrer et enseigner au sieur O-Ryan la composition, préparation et manière d'administrer les différens remèdes et traitemens nécessaires dans l'inoculation, suivant sa méthode, vulgairement appelée *suttonienne*, sans lui en rien céler ni déguiser.

2° Comme l'intention du sieur O-Ryan est de s'établir à Lyon, pour y exercer et pratiquer, tant l'inoculation que la médecine en général, le sieur Sutton promet de ne point inoculer ni faire inoculer par d'autres dans la ville de Lyon, et à quatorze lieues autour, qu'à la charge de remettre au sieur O-Ryan les deux tiers des émolumens, honoraires ou présens qu'il aura reçus ou fait recevoir pour raison des traitemens, visites, consultes ou inoculations qu'il aura faits ou fait faire dans la distance ci-dessus limitée pourvu que le sieur O-Ryan habite, soit à Lyon, soit dans cette distance.

» 3° Le sieur O-Ryan promet de payer ou faire tenir régulièrement tous les trois mois au sieur Sutton un tiers franc et net du produit des émolumens, honoraires ou présens qu'il aura reçus ou fait recevoir, non-seulement pour raison des inoculations qu'il aura faites lui-même, mais encore pour raison des visites, consultes et traitemens qu'il fera à la suite des inoculations faites par d'autres.....

» 4° Si le sieur O-Ryan va inoculer ou traiter de l'inoculation par-de-là la distance de quatorze lieues de Lyon, il fera raison au sieur Sutton des trois quarts des bénéfices et émolumens que lui auront rendus les opérations qu'il aura pu faire.

» 5° Le sieur O-Ryan s'oblige de n'enseigner ni divulguer, à quelque personne que ce puisse être, la connaissance de la composition, préparation, remèdes et traitemens de la petite-vérole inoculée suivant la méthode suttonienne, pas même la petite-vérole naturelle, non plus que les connaissances concernant les symptômes, phénomènes et indications de la pique, pustules et éruptions de l'inoculation; en un mot, rien de ce que lui aura appris le sieur Sutton touchant l'inoculation.

» 6° La présente convention et association envers le sieur Sutton et les siens, auront lieu tant que le sieur O-Ryan exercera et pratiquera l'inoculation de la petite-vérole ».

Par un acte du même jour, le sieur O-Ryan et le sieur Badger, son beau-père, se sont obligés de payer « au sieur Sutton ou aux siens, la » somme de 5,000 livres sterlings, dans le cas » où le sieur O-Ryan viendrait à contrevenir, » en quelque manière, aux conventions et articles de Société concernant l'inoculation. »

Le sieur Sutton paraît avoir fidèlement exécuté l'engagement qu'il avait contracté envers le sieur O-Ryan : il lui a expliqué sa méthode de l'inoculation; il a fait à Lyon plusieurs voyages pour l'instruire et le diriger dans un grand nombre d'inoculations qu'ils ont faites ensemble. Formé par le sieur Sutton, le sieur O-Ryan a obtenu de grands succès.

La bonne intelligence a subsisté entre les deux associés jusqu'en 1780. A cette époque, le sieur Sutton a demandé au sieur O-Ryan un compte des inoculations qu'il avait faites. Le sieur O-Ryan, de son côté, a prétendu que la convention du 13 avril 1776 était nulle. Pour éviter les longueurs et les frais de procédure, ils s'en sont rapportés à des arbitres, qui ont pensé que cette convention devait être exécutée, tant qu'elle ne serait pas attaquée par la voie de lettres de rescision, et ont par là fait pressentir le succès de cette voie.

En conséquence, le sieur O-Ryan a pris des lettres de rescision, tant contre la contravention que contre le cautionnement.

De son côté, le sieur Sutton a interjeté appel au parlement de Paris de la sentence arbitrale, mis en cause le sieur Badger, et conclu contre tous deux à ce que, dans le cas où la convention serait annulée, ils fussent condamnés solidairement à lui payer les 5,000 livres sterling qui avaient été stipulées pour indemnité.

Le sieur Badger a adhéré aux lettres de rescision et aux demandes du sieur O-Ryan : il a soutenu que, si la convention sociale était annulée ou rescindée, l'acte de cautionnement devait tomber du même coup.

Pour repousser leurs attaques, le défenseur du sieur Sutton a d'abord prouvé qu'il n'était intervenu dans le contrat ni fraude ni artifice de sa part : il a tiré cette preuve de plusieurs lettres du sieur O-Ryan lui-même, qui contenaient la ratification la plus expresse de la

convention du 13 avril 1776; et il a inféré de là que le sieur O-Ryan n'était plus *recevable* à attaquer un acte qu'il avait, en quelque sorte, consacré par un aussi grand nombre d'approbations.

Une autre fin de non-recevoir, a-t-il ajouté, se tire de l'impossibilité où sont les parties de rentrer dans le même état où elles étaient avant la convention.

Après ces discussions préliminaires, le défenseur du sieur Sutton passait aux moyens de droit du sieur O-Ryan, et faisait voir qu'ils n'étaient point *fondé*.

Le premier de ces moyens consistait à dire qu'un traité relatif à l'inoculation, était essentiellement nul, parceque l'inoculation était proscrite dans les grandes villes par des arrêts de réglement.

Ce moyen, répondait le sieur Sutton, n'est appuyé que sur une équivoque de mauvaise foi. Des arrêts de réglement, ouvrage de la prudence et de la sagesse des magistrats, défendent d'inoculer dans les villes où peut se répandre, par la communication et l'infection de l'air, la contagion de la petite-vérole; ils ordonnent de transporter hors des villes les personnes qu'on voudra inoculer. Et c'est sans doute la meilleure preuve de la liberté donnée aux inoculateurs pour l'exercice de leur art.

Le second moyen du sieur O-Ryan était qu'une convention faite sous la promesse de donner quelque chose, mais où l'on ne donne réellement rien, est nulle: or, ajoutait-il, la méthode suttonienne est une chimère; tout le monde connaît l'art d'inoculer et y réussit *presque également*; et d'ailleurs, qu'est-ce que Sutton a pu apprendre à un médecin tel qu'O-Ryan, qui, avant la convention dont il s'agit, avait composé un traité sur l'inoculation? Il n'a donc rien donné, rien appris; et par conséquent, convention illusoire.

Le sieur Sutton répondait qu'il suffisait de lire la brochure faite par le sieur O-Ryan sur l'inoculation, pour se convaincre qu'il en parlait sans savoir un seul mot de la chose; qu'avant leur liaison, il n'était connu de personne, soit comme médecin, soit comme inoculateur; que différentes lettres de plusieurs personnes de Lyon, qui étaient produites, établissaient clairement qu'il ne devait sa vogue qu'au sieur Sutton; que sa brochure même, et une foule de lettres écrites de sa main, justifiaient complétement le mérite et l'excellence de la méthode suttonienne.

Pour troisième moyen, le sieur O-Ryan disait que toute Société exige une mise égale des deux parts, ou en fonds ou en industrie; que, dans l'espèce, il y avait inégalité totale, parceque la révélation d'une découverte n'est rien; qu'en effet, ce n'était qu'une opinion, une croyance dont il pouvait toujours nier que la révélation lui eût été faite.

Moyen absurde, répondait le sieur Sutton! Une mise en Société peut être égale, soit en fonds, soit en industrie; et, quand j'ai versé dans la Société des connaissances sans lesquelles elle n'existerait pas, n'ai-je pas porté une mise bien supérieure à celle du sieur O-Ryan? Une mise peut consister en un effet quelconque, tel qu'une somme d'argent, ou bien dans l'invention et la communication de quelque découverte importante, et telle est celle de l'inoculation. Sans doute, O-Ryan a porté dans la Société son industrie, la seule ressource qu'il eût dans ce monde, mais une industrie morte sans le fonds que j'y ai mis, et sur lequel cette industrie devait s'exercer. Autre chose est une opinion, une croyance, autre chose une science véritable, réelle, telle que l'inoculation par la méthode suttonienne. Le fruit du génie n'est pas moins susceptible d'appréciation que tout autre objet matériel; et, comme il est libre à chacun de profiter de ses travaux et des productions de son génie, par une aliénation irrévocable, ou par la voie d'une association, c'est toujours un objet susceptible d'être mis en Société.

Une seconde réflexion, c'est qu'il y a eu, au moins dans la convention sociale, une réciprocité de sacrifices; car O-Ryan a reçu un état désormais ineffaçable, tant qu'il voudra exercer l'inoculation; et n'a-t-il pas été juste qu'en lui procurant cet état, en lui assurant sa fortune, je recueillisse une part des bénéfices, d'autant plus que, m'interdisant à moi-même la liberté d'inoculer à Lyon, ce sont des pertes et des privations que j'ai consenti d'éprouver? Il y a donc eu une juste compensation qui met au moins l'égalité entre les deux associés.

Tels étaient, dans cette affaire, vraiment neuve sous tous les rapports, les moyens que s'opposaient respectivement les parties sur la *validité* de leur contrat de Société.

Ce qu'elles disaient touchant la *perpétuité* de cette Société trouvera mieux sa place ci-après, sect. 7, n° 1-5°; et ce sera là que je rapporterai l'arrêt qui a couronné la défense du sieur Sutton.

Section II. *Des diverses espèces de Sociétés.*

En général, « les Sociétés sont universelles » ou particulières ».

Cette division est écrite dans l'art. 1835 du Code civil, qui l'a empruntée des lois romaines ou plutôt de la nature même des choses.

§. I. *Des Sociétés universelles.*

Le Code civil contient, sur les Sociétés universelles, cinq articles ainsi conçus :

« 1836. On distingue deux sortes de Sociétés universelles, la Société de tous biens présens, et la Société universelle de gains.

» 1837. La Société de tous biens présens est celle par laquelle les parties mettent en commun tous les biens meubles et immeubles qu'elles possèdent actuellement et les profits qu'elles pourront en tirer. Elle peuvent aussi y comprendre toute autre espèce de gains; mais les biens qui pourraient leur advenir par succession, donation ou legs, n'entrent dans cette Société que pour la jouissance : toute stipulation tendant à y faire entrer la propriété de ces biens, est prohibée, sauf entre époux, et conformément à ce qui est réglé à leur égard.

» 1838. La Société universelle de gains renferme tout ce que les parties acquerront par leur industrie, à quelque titre que ce soit, pendant le cours de la Société : les meubles que chacun des associés possède au temps du contrat, y sont aussi compris; mais leurs immeubles personnels n'y entrent que pour la jouissance seulement.

» 1839. La simple convention de Société universelle, faite sans autre explication, n'emporte que la Société universelle de gains.

» 1840. Nulle Société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre, et auxquelles il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes ».

§. II. *Des Sociétés particulières.*

« La Société particulière (dit l'art. 1841 du » Code civil), est celle qui ne s'applique qu'à » certaines choses déterminées, ou à leur usa» ge, ou aux fruits à en percevoir ».

L'art. 1842 ajoute : « Le contrat par lequel » plusieurs personnes s'associent, soit pour » une entreprise désignée, soit pour l'exercice » de quelque métier ou profession, est aussi » une Société particulière ».

Ainsi, c'est à la classe des Sociétés particulières qu'appartiennent les *tontines et les Sociétés de commerce*. Celles-ci feront la matière du §. suivant, et il sera parlé de celle-là au mot *Tontine*.

§. III. *Des Sociétés de commerce.*]]

On distingue, dans le commerce, quatre sortes de Sociétés : savoir, les Sociétés en nom collectif, les Sociétés en commandite, les Sociétés anonymes [[et les Sociétés en participation. Cette division est tracée dans le *Code de commerce*, art. 19 et 47.]]

ART. I. *De la Société en nom collectif.*

Une Société en nom collectif est celle qui a lieu entre deux ou plusieurs négocians, pour faire en commun un certain commerce au nom de tous les associés. Tous les actes de cette Société se passent sous les noms des associés qui l'ont contractée, soit que ces noms soient exprimés chacun en particulier, soit qu'on les exprime collectivement, en signant, par exemple, *un tel et compagnie*.

[[Cette définition rentre dans celle que nous offre l'art. 20 du Code de commerce : « La So» ciété en nom collectif (y est-il dit), est celle » que contractent deux personnes ou un plus » grand nombre, et qui a pour objet de faire » le commerce sous une raison sociale ».

L'art. 21 du même Code porte que « les noms » des associés peuvent seuls faire partie de la » raison sociale ».

Ajoutons tout de suite, avec l'art. 22 (quoique son objet appartienne spécialement à la sect. 6), que « les associés en nom collectif, » indiqués dans l'acte de Société, sont soli» daires pour tous les engagemens de la Socié» té, encore qu'un seul des associés ait signé, » pourvu que ce soit sous la raison sociale ».

Ce que nous allons dire de la Société en commandite, répandra de nouvelles lumières sur le caractère particulier de la Société en nom collectif.

ART. II. *De la Société en commandite.*]]

I. Une Société en commandite est celle qu'un marchand contracte avec un particulier pour un commerce qui doit être fait au nom seul du marchand, et auquel l'autre contractant contribue seulement d'une certaine somme d'argent, sous la condition qu'il aura, dans le bénéfice une certaine part, telle que moitié, un quart, un sixième, etc.; et qu'il supportera une pareille part dans la perte, sans toutefois, qu'en cas de perte, il puisse être obligé au-delà des fonds qu'il a mis dans la Société.

[[Telle était la disposition de l'art. 8 du tit. 4 de l'ordonnance du mois de mars 1673 : *les associés en commandite* (y était-il dit) *ne seront obligés que jusqu'à concurrence de leur part.*

II. Le Code de commerce renouvelle et explique ainsi cette disposition :

« Art. 23. La Société en commandite se contracte entre un ou plusieurs associés responsables et solidaires, et un ou plusieurs associés, simples bailleurs de fonds, que l'on nomme *commanditaires* ou *associés en commandite*.

» Elle est régie sous un nom social, qui doit être nécessairement celui d'un ou plusieurs des associés responsables et solidaires.

» 24. Lorsqu'il y a plusieurs associés solidaires et en nom, soit que tous gèrent ensemble, soit qu'un ou plusieurs gèrent pour tous, la Société est, à la fois, Société en nom collectif à leur égard, et Société en commandite à l'égard des simples bailleurs de fonds.

» 25. Le nom d'un associé commanditaire ne peut faire partie de la raison sociale.

» 26. L'associé commanditaire n'est passible des pertes que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la Société.

» 27. L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, ni être employé pour les affaires de la Société, même en vertu de procuration.

» 28. En cas de contravention à la prohibition mentionnée dans l'article précédent, l'associé commanditaire est obligé solidairement, avec les associés en nom collectif, pour toutes les dettes et engagemens de la Société ».

Ces deux derniers articles ont fait naître une question sur laquelle le conseil d'état a prononcé, en ces termes, par un avis du 29 avril 1809, qui a été approuvé le 17 mai suivant :

« Le conseil d'état, qui a entendu le rapport de la section de l'intérieur sur celui du ministre de ce département, tendant à faire décider si la défense portée aux art. 27 et 28 du Code de commerce, aux associés commanditaires, de faire aucun acte de gestion des affaires de la Société en commandite, sous peine d'être obligés solidairement, s'applique aux transactions commerciales réciproques, étrangères à la gestion de la maison commanditée.

» Est d'avis que les art. 27 et 28 du Code de commerce ne sont applicables qu'aux actes que les associés commanditaires feraient en représentant comme gérans la maison commanditée, même par procuration, et qu'ils ne s'appliquent pas aux transactions commerciales que la maison commanditée peut faire pour son compte avec le commanditaire, et réciproquement le commanditaire avec la maison de commerce ».

III. Est-ce comme Société ordinaire ou comme Société en commandite, que l'on doit considérer une association entre deux négocians, par le contrat de laquelle il est dit, 1° que les affaires sociales seront régies par l'un des associés seulement, sous la raison *un tel et compagnie;* 2° que l'autre associé pourra, quand il le jugera à propos, et d'après une nouvelle convention, joindre sa signature à celle du premier; 3° que ce même associé pourra céder son intérêt à un tiers désigné, et que son cessionnaire prendra part à l'administration de la Société; 4° que chacun des associés supportera les pertes proportionnellement à sa mise; 5° que la Société sera dissoute par la mort de l'associé gérant, et qu'elle continuera avec les héritiers de l'associé non gérant?

Les créanciers de cette Société ont-ils action contre l'associé non gérant, quoiqu'ils ne l'aient pas connu, lorsqu'ils ont contracté avec l'associé gérant?

Voici une espèce dans laquelle ces questions ont été agitées et jugées avec une grande solennité.

Le 24 octobre 1800, Jacques-Liévin Vancaneghem, négociant à Gand, et Charles Moke, de Turnhout en Brabant, contractent, sous seing-privé, « une Société de commerce pour dix ans, à commencer du premier décembre 1800, et qui finira au même jour 1810, aux conditions suivantes :

» Art. 1. La maison de commerce se fixera à Londres, sous la raison de *Charles Moke et compagnie*, jusqu'à ce que, par la suite et suivant les circonstances, l'associé Vancaneghem trouve bon de faire connaître son nom à ladite Société; et de l'ajouter à ladite firme.

» 2. Il sera donné avis de cet établissement par lettres circulaires, énonçant que la signature est *exclusivement* réservée à Charles Moke, jusqu'à ce que, par des circonstances particulières, les parties contractantes jugent convenable de déroger à cette condition d'un commun accord.

» 3. Le capital de la maison sera porté en effectif à la somme de six mille livres sterling, dont quatre mille livres seront fournies par Vancaneghem, et les restans deux mille livres sterling, par Charles Moke; ce dernier, comme *gérant*, en aura *la libre disposition* pour le profit de la Société.

» 4. La branche essentielle des affaires sera la commission, sans renoncer cependant à des spéculations partielles pour le compte de la Société; Vancaneghem, absent, s'en rapporte, à cet égard, *à la prudence du gérant.*

» 5. Il ne sera point permis à Charles Moke, gérant, de faire directement ni indirectement des affaires par son compte propre, ni pour

compte d'autrui, durant tout le cours de cette association : tous ses travaux devant être consacrés au profit de la présente Société.

» 6. Il sera fait tous les ans, à l'époque du 31 décembre, par Charles Moke, gérant, une balance et reconnaissance de la véritable situation de ladite maison sociale, dont l'expédition sera renvoyée à Vancaneghem, absent : cette pièce sera signée par le gérant, et certifiée sincère et véritable par lui; indépendamment de quoi, le cit. Vancaneghem aura la faculté, en tout temps, soit par lui-même, soi par son fondé de pouvoirs, de se faire communiquer les livres de commerce et autres documens concernant la Société, afin d'avoir connaissance de sa véritable situation, sans que, sous aucun prétexte, le gérant puisse se refuser à cette mesure.

» 7. Les bénéfices que fera ladite maison, seront reconnus *annuellement* par ladite balance, et seront partagés par moitiés égales entre lesdits soussignés ; ils seront portés sur le compte du capital ou sur les comptes particuliers des deux associés : il en sera de même pour les pertes, s'il y a lieu.

» 8. Tous les frais de commerce, y compris le loyer de la maison, seront prélevés des bénéfices sociaux, pour de leur produit net être disposé, comme il est dit dans l'article précédent.

» 9 Il sera passé en outre, au gérant Moke, une somme annuelle de trois cent cinquante livres sterlings, à prendre de la caisse de la Société, pour dépenses de ménage et frais extraordinaires, tels que lumières et chauffage de bureau, logement et nourriture d'une ou deux personnes attachées à la maison, ainsi que pour l'indemniser de l'accueil à faire aux étrangers, voyageurs, etc.

» 10. Il sera permis à chaque associé de prendre annuellement de ladite caisse de la Société, une sommme de 200 livres sterling, pour fournir à ses besoins particuliers, sans qu'il soit permis à aucun des associés d'excéder cette somme, sous quelque prétexte que ce puisse être.

» 11. Si un des associés versait par convenance, dans la maison, plus de fonds que la mise ci-devant déterminée, il lui sera ouvert sur les livres un compte particulier, pour lui être bonifié cinq pour cent d'intérêt par an ; il ne pourra plus retirer ces fonds qu'en prévenant la maison quatre mois d'avance : ce terme écoulé, il pourra disposer de la moitié de la somme versée, à trois mois de date, et trois mois après, de l'autre moitié, au même terme. Quant au capital de mise, comme des bénéfices qui pourront le grossir, ils ne jouiront d'aucun intérêt, à quelque élévation qu'ils puissent être portés par les événemens heureux.

» 12. Il est spécialement conditionné que l'associé Vancaneghem aura la faculté de céder une partie de son intérêt à Charles Verspeyen, qui, dans ce cas, devra résider à la maison, et travailler pour le bien et l'avantage de la Société; il y sera logé et nourri aux dépens du gérant, en considération de la somme stipulée à l'art. 9. Il lui sera payé, en outre, une gratification annuelle de 75 livres sterling, laquelle somme sera portée au compte des frais de commerce.

» 13. Le terme de dix ans écoulé, et en cas que les parties contractantes ne tombent pas d'accord à renouveler la Société, on procédera de suite à la liquidation des affaires; il il sera tiré au sort pour savoir qui des deux associés sera chargé de cette liquidation; il en sera donné avis par circulaire aux correspondans. Si le sort tombe à l'associé Vancaneghem, il pourra se faire représenter par un fondé de pouvoirs, et, dans tous les cas, il sera libre aux deux associés d'assister et d'être présens à cette liquidation, soit en personne ou par fondé de pouvoirs. La distribution des fonds à provenir de l'actif de la Société, se fera à fur et mesure qu'il y aura dix pour cent de disponible.

» 14. En cas de décès du gérant Charles Moke, *les affaires de la Société cesseront de suite;* et il sera procédé à la liquidation générale, laquelle, en ce cas, se fera au nom de l'associé Vancaneghem, soit par lui ou son fondé de pouvoirs; il fera vendre toutes les marchandises et effets appartenans à la Société, et fera rentrer toutes les créances; il fera la distribution des fonds, pour la part du défunt, à ses héritiers ou ayant-cause, à fur et mesure qu'il y aura dix pour cent de liquide et de disponible, comme dit est à l'article précédent; et il sera libre auxdits héritiers de faire surveiller cette liquidation par un fondé de procuration, afin de s'assurer de l'exactitude du travail et de la célérité de l'achever.

» 15. En cas de décès de l'associé Vancaneghem, absent, *la Société ne continuera pas moins d'exister pendant tout le temps qui a été fixé ci-devant ;* et ses héritiers ou ayant-cause devront se contenter de la balance qui leur sera remise annuellement, sauf à eux à en faire la vérification comme de droit : ils ne pourront prétendre à la liquidation définitive qu'à l'expiration du terme fixé; et en ce cas, cette liquidation se fera par le gérant Charles Moke, de suite et sans délai, sur le même pied

que ci-dessus dit est, et la distribution des fonds se fera aussi comme il est dit à l'article précédent; les héritiers du défunt auront la même faculté de faire surveiller cette liquidation par un fondé de procuration.

» 16. A la liquidation générale, il sera d'abord rendu à chaque associé ou ses ayant-cause, le capital de sa mise, *ou dans la même proportion, en cas qu'il y eût un déficit;* mais les bénéfices nets faits durant la Société, seront partagés par moitié, comme est dit à l'art. 7, s'il en existe.

» 17. Dans le cas qu'il pût s'élever entre les associés ou par le décès de l'un d'eux, entre les héritiers ou ayant-cause du défunt et le survivant ou liquidateur de cette Société, des différends et des discussions relatifs à la présente association, il sera nommé de part et d'autre un négociant arbitre et amiable compositeur et arbitrateur, pour prononcer sur les différends; et en cas de partage de voix, ils s'adjoindront un troisième pour décider et prononcer comme de bons pères de famille, selon l'exigence des cas; désirant les contractans, par ces dispositions, éviter toute démarche hostile de justice réglée, autorisant néanmoins lesdits arbitres à faire homologuer leur décision, qui, en ce cas, aura force de loi ».

Le 1er décembre 1800, Charles Moke adresse aux principales maisons de commerce de France, et notamment aux sieurs Lubert et fils, de Bordeaux, une lettre circulaire, datée de Londres, et ainsi conçue :

« J'ai l'honneur de vous faire part de mon établissement en cette capitale, sous la raison de *Charles Moke et compagnie*.

» Un ami respectable, sous tous les rapports, et qui jouit d'une considération distinguée sur le continent, mais que les circonstances ne permettent pas encore de nommer, s'est associé à cet établissement et a suppléé les fonds nécessaires pour en assurer le succès et en rendre les opérations faciles : la signature m'en est donc *seule* reservée, jusqu'à des dispositions nouvelles : vous la trouverez ci-bas, je vous prie d'en prendre note et d'y ajouter seule foi.

» Notre branche principale sera la commission de vente et achat de marchandises; les denrées coloniales et les toiles des Indes nous occuperont particulièrement : nous n'y ajouterons d'autres opérations de banque, que celles qui en dépendent.

» Si quelques années d'expérience, un zèle et une activité soutenue, des capitaux suffisans et une probité scrupuleuse, peuvent nous attirer votre bienveillance, vous trouverez que nous saurons la mériter; et en attendant l'occasion de vous en convaincre, je vous salue affectueusement. *Signé* Charles Moke ».

Plus bas est écrit : *Signé Charles Moke et compagnie.*

Et plus bas encore : « Je prends la liberté » de vous recommander particulierement l'é» tablissement ci-dessus; je le fais avec d'au» tant plus de confiance, que je puis vous » répondre de la solidité, ainsi que de l'intel» ligence et de la probité de son gérant. Je » vous salue bien cordialement. *Signé* Vancane» ghem ». Et à côté : « Gand, le 14 décembre 1800 ».

En janvier 1802, Charles Moke fait faillite.

Les sieurs Lubert et fils, créanciers d'une somme de 43,365 francs qu'ils lui ont avancée sous la raison de *Charles Moke et compagnie*, font assigner le sieur Vancaneghem au tribunal de commerce de Gand, pour se voir condamner, en sa qualité d'associé, à leur payer cette somme.

Le sieur Vancaneghem convient qu'il y a eu, entre lui et Charles Moke, une Société; mais il soutient que cette Société n'était qu'en commandite, et que conséquemment il n'est oblige aux dettes sociales que jusqu'a la concurrence de sa mise, laquelle a été versee en entier entre les mains de Charles Moke.

Le 15 germinal an 12, jugement par lequel,

« Considérant que les contractans n'enoncent pas dans le contrat du 24 octobre 1800, qu'ils veulent restreindre leur Société à une Société en commandite; que les circulaires n'en font aucune mention, et que le contrat n'a pas été rendu public; que dans l'art. 1er, le defendeur se réserve d'y prendre gestion à volonté;

» Que, par l'art. 12, il se réserve de céder une partie de ses droits à un tiers, et que le cessionnaire aura part à la gestion;

» Que, par l'art. 4 du même contrat, le défendeur autorise Charles Moke à toutes fins et pour toutes spéculations commerciales;

» Qu'ainsi, le défendeur n'est pas exclu de la gestion des affaires de la Société, mais a seulement la faculté de ne pas gérer aussi long-temps qu'il lui conviendra; que, par suite, il ne peut être envisagé comme un simple bailleur de fonds, mais comme bailleur de fonds ayant dès le principe la faculté de gérer quand il voudra;

» Qu'il est de l'essence d'une société commanditaire, que ceux associés en commandite ne participent dans les profits et pertes que jusqu'à concurrence de la part et portion qu'il ont dans la Société;

» Que, par l'art. 7 de leur contrat, les parties ont stipulé que les bénéfices seront par-

tagés par moitiés égales entr'eux, et qu'il en sera de même pour les pertes, s'il y a lieu; qu'ainsi, le défendeur s'y est soumis à être passible des pertes indéfiniment, même lorsqu'elles excéderaient la part et portion qu'il avait dans la Société;

» Que, de l'ensemble de ces circonstances, il résulte que le défendeur a, par l'acte du 24 octobre 1800, contracté avec Charles Moke une Société générale et ordinaire de commerce »;

Le tribunal de commerce de Gand condamne le sieur Vancaneghem, par corps, à payer aux sieurs Lubert la somme de 43,365 francs, pour solde de leur compte courant avec la maison Charles Moke et compagnie.

Le sieur Vancaneghem appelle de ce jugement; et par arrêt du 10 fructidor de la même année,

«Attendu que, des art. 1 et 2 dudit contrat, il résulte que les contractans forment une Société de commerce, qui devait se fixer à Londres, sous la raison de Charles Moke et compagnie; que la signature en est réservée exclusivement audit Moke;

» Que les clauses y insérées en ces termes, (art. 1): *Jusqu'à ce que, par la suite, et suivant les circonstances, l'associé Vancaneghem trouve bon de faire connaître son nom à ladite société, et de l'ajouter à ladite firme;* et (art. 2): *Jusqu'à ce que, par des circonstances particulières, les parties constractantes jugent convenable de déroger, d'un commun accord, à cette condition*: que ces clauses n'ayant pas eu lieu, lesdits articles ont conservé leur caractère primitif; en telle sorte que l'associé Charles Moke, de Londres, a été seul connu du public, et que son associé Vancaneghem est resté inconnu;

» Qu'il résulte des art. 3, 4, 5 et 6, que Charles Moke a mis dans ladite société son argent et son industrie; qu'il est le seul gérant connu de cette Société; qu'à lui seul appartenait le droit de faire toutes négociations relatives à l'adite Société, et qu'il avait la libre disposition de tous les fonds; qu'au contraire, son associé Vancaneghem n'y avait mis que son argent; qu'il était absent, et qu'il n'a fait aucune fonction d'associé; que partant, il ne peut être considéré que comme simple bailleur de fonds;

»Que des expressions mentionnées en l'art. 7 dudit contrat, pour le partage égal des bénéfices et pertes, on ne peut inférer l'incompatibilité d'une Société en commandite, surtout pris égard à la mise de fonds et à l'industrie du seul gérant connu, Charles Moke, qui ont pu être compensés avec la seule mise de fonds de Vancaneghem, associé inconnu du public;

» Que de là il suit que les deux associés ont pu valablement stipuler un partage égal de bénéfices et de pertes;

» Que, dans les art. 14 et 15, les associés stipulent formellement, art. 14, qu'en cas de décès du gérant Charles Moke, les affaires de la Société *cesseront de suite*; et, art. 15, en cas de décès de l'associé Vancaneghem, absent, la Société *ne continuera pas moins d'exister* pendant tout le temps qui a été fixé ci-devant, stipulation qui caractérise formellement une Société en commandite;

» Que, par la circulaire écrite aux intimés par Charles Moke, en date du 1er. décembre 1800, ledit Moke, en leur faisant part de son établissement à Londres, et en s'étayant d'un associé respectable sous tous les rapports, qui a suppléé les fonds nécessaires pour en assurer le succès et en rendre les opérations faciles, n'a pas, par ce fait, changé la nature de son contrat; qu'au contraire, il dit formellement que la signature de ladite maison est réservée à lui seul jusqu'a dispositions nouvelles, et qu'il ne nomme pas même l'associé dont il entend parler;

» Qu'il en est de même de l'apostille mise au bas de ladite circulaire par l'appelant, où il recommande sa maison, comme tout négociant qui, y ayant un intérêt quelconque, agirait en pareille circonstance;

»Que de la correspondance des intimés avec l'appelant, et de celle de Charles Moke et compagnie, il n'appert nullement que l'appelant ait géré en aucune manière les affaires commerciales de ladite Société, ni que les intimés l'aient considéré comme associé général de ladite maison; qu'au contraire, ils ont traité avec lui, comme y étant entièrement étranger, jusqu'à l'époque seulement de la faillite de Charles Moke et compagnie; fait qui est postérieur à la cessation de ladite Société;

» Que l'appelant n'a pas donné son nom, ni ne l'a fait connaître au public par sa signature; que par conséquent le public n'a eu pour sa sûreté que la signature de Charles Moke et compagnie;

» D'où il suit que ledit appelant ne peut être tenu au-délà de sa mise dans la Société qui, au cas particulier, n'est qu'une Société en commandite;

» Qu'enfin, il est constant, en droit, que des tiers ne sont pas fondés à pouvoir donner à des conventions, un autre sens que celui dans lequel elles ont été arrêtées entre les parties contractantes et exécutées par elles;

» La cour (d'appel de Bruxelles) met l'ap-

pellation et ce dont est appel au néant; émendant, déboute les intimés de leurs fins et conclusions prises en première instance, et les condamne aux dépens ».

Les sieurs Lubert se pourvoient en cassation contre cet arrêt, et soutiennent que la cour d'appel de Bruxelles a violé l'art. 7, et faussement appliqué l'art. 8 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673; qu'en effet, la Société contractée le 24 octobre 1800, entre le sieur Vancaneghem et Charles Moke n'était pas commanditaire, mais générale, et que cela résulte

1° De ce que, par l'acte, il n'est exprimé, ni qu'elle sera en commandite, ni que les risques du sieur Vancaneghem sont restreints à sa mise;

2° De ce que la raison sociale a pour signature *Charles Moke et compagnie*, signature qui évidemment promet plusieurs garanties, qui a pour objet d'obliger solidairement avec Charles Moke, au moins un associé quelconque, et qui par conséquent serait un piége pour le public, si elle ne faisait pas du sieur Vancaneghem un associé ordinaire;

3° De ce que, par l'art. 1er du contrat, le sieur Vancaneghem était autorisé à joindre, quand il lui plairait, sa propre signature à celle de Charles Moke; de ce que, par conséquent, il pouvait à volonté devenir *associé connu*;

4° De ce qu'aux termes de l'art. 12, il pouvait céder son intérêt, et transmettre à son cessionnaire le droit de gérer, ce qui supposait nécessairement qu'il avait lui-même ce droit.

Ils ajoutent qu'une Société contractée pour avoir son siége et son exécution à Londres, ne peut pas l'avoir été en commandite, puisqu'en Angleterre, on ne connaît pas cette espèce de Société, et que toute Société, même qualifiée de commanditaire, y serait, de plein droit, réputée générale.

A l'appui de cette dernière assertion, ils produisent une *observation* de M. Steward Kid, ancien avocat anglais, ainsi conçue:

» J'ai étudié la législation anglaise pendant plus de vingt ans, et exercé pendant plus de quinze ans, en qualité d'avocat, près les cours supérieures de *Westminster-Hall* et de *Guild-Hall* à Londres, où toutes les questions du droit commercial sont débattues en public; et je n'ai jamais entendu parler que d'une Société générale. J'ose dire même que, ni les juges, ni les avocats, ni les négocians, ni les banquiers, ne se sont jamais formé l'idée de la commandite, comme faisant partie de la législation anglaise; et je prends sur moi d'affirmer qu'il n'y a, en aucun livre qui traite du droit anglais, un seul mot qui puisse donner l'idée d'un associé qui ne soit pas *solidairement responsable* pour toutes les dettes de la maison, *en cas de sa faillite*.

» La chose même est si étrangère aux idées anglaises, que, si j'avais à traduire du français en anglais une pièce qui parlerait de la *commandite* et des *commanditaires*, je ne pourrais pas trouver, non-seulement des mots isolés, mais pas même une circonlocution pour exprimer ces idées en anglais: je serais obligé de retenir les mots français, et d'en donner une explication détaillée dans des notes.

» En Angleterre, tous les associés d'une maison de commerce sont *solidairement* responsables, soit qu'ils soient gérans ou non, quelle que soit leur proportion de mise ou de profit, soit qu'ils soient annoncés au public comme associés ou non, soit qu'ils soient connus ou inconnus *avant la faillite*: aucune stipulation entre les parties ne peut les mettre à l'abri de cette responsabilité.

» Il est vrai qu'il y a souvent des associés *secrets*, qui ne veulent pas être connus du public, comme ayant un intérêt dans une maison de commerce.

» On les appelle *sleeping-partners*, *associés dormans*. Ils dorment tranquillement, tant que les affaires de la maison vont bien; mais en cas de faillite, ils sont bientôt éveillés de leur sommeil; on manque rarement à les déceler: ou leur nom est porté sur les registres de la maison, ou l'on peut prouver leur participation des profits par quelqu'acte d'intervention dans les affaires de la Société, etc., et tout cela par des *témoins*, parcequ'en Angleterre on admet la preuve par témoins, dans tous les cas, soit en *l'absence* des preuves par écrit, ou *concurrement* avec elles.

» Pour constituer un homme l'associé d'une maison, et le rendre responsable pour ses dettes, il n'est pas nécessaire qu'il y ait un acte de société, ou un acte où son nom se trouve: plusieurs maisons des plus considérables forment leurs Sociétés sans aucun acte; leurs conventions sont faites quelquefois par une lettre, quelquefois verbalement; et quand il existe un acte, il n'y a jamais d'enregistrement ni de publication quelconque.

» Le public ne se donne pas la peine de s'informer de leurs stipulations, ni de leurs associés cachés, ayant toujours l'assurance que ceux-ci seront décélés et rendus solidairement responsables, en cas de la faillite de la maison. A *Guild-Hall*, où tous les examens des banqueroutiers de Londres ont lieu, il devient souvent question de savoir si le banqueroutier a eu des associés cachés; et tous les créanciers font grand cas d'en découvrir; et

quand ils sont découverts, ils sont tenus pour toutes les dettes de la maison.

» Il arrive quelquefois qu'une personne attaquée comme associé, dispute le fait d'avoir été dans ce cas; mais il est jusqu'ici inouï qu'un homme ait admis qu'il avait participé dans les profits d'une maison de commerce, en alléguant qu'il n'était que commanditaire.

» On dira peut-être que les actionnaires dans les grandes compagnies publiques, telles que la compagnie des Indes, la banque, les compagnies pour la pêche, pour les canaux et autres entreprises publiques, ont quelque ressemblance aux commanditaires en France.

» Je réponds que ce n'est qu'une ressemblance, et une ressemblance bien éloignée et faible. Il est vrai que ces actionnaires ne sont pas ordinairement gérans, et qu'ils ne sont nullement responsables pour les dettes de la compagnie, en cas de faillite; mais si l'on considère la constitution de ces compagnies, et la manière dont elles sont établies, on trouvera que le cas de ces actionnaires fournit une preuve incontestable que la commandite n'est pas reconnue en Angleterre.

» Aucune de ces compagnies, avec le privilége de non responsabilité pour les actionnaires, ne peut être établie *sans un acte du parlement*. Car mille individus pourraient faire des souscriptions pour une grande entreprise, choisir des administrateurs, et agir en tout comme une société ordinaire de commerce; mais alors, chaque souscripteur serait tenu responsable solidairement. Cela étant bien entendu, on ne forme jamais de ces grandes entreprises, sans s'adresser au parlement, pour être libéré de cette responsabilité. Quand l'entreprise est approuvée, le parlement passe un acte pour son établissement, mais c'est toujours sous des conditions. Toujours le capital est borné à une certaine somme, et le pouvoir de faire des emprunts, limité; quelquefois les premiers directeurs ou administrateurs sont nommés dans l'acte, et la manière d'élire leurs successeurs est prescrite, et quelquefois même le nombre des actionnaires fixé, avec le montant de la souscription ».

Le sieur Vancaneghem répond

1° Qu'en limitant, par l'art. 13 du traité, sa mise de fonds à 4,000 livres sterling, il a suffisamment manifesté son intention de restreindre ses risques à cette somme, et par conséquent de ne former qu'une Société en commandite;

2° Que l'addition des mots *et compagnie* à la signature sociale, ne caractérise pas exclusivement une Société ordinaire; que, par l'emploi qu'on en fait dans une Société commanditaire, on n'induit pas le public en erreur sur la nature de cette Société; que seulement on annonce au public que le signataire a pour garant de ses obligations, indépendamment de sa fortune personnelle, une portion quelconque de celle d'un inconnu, et que cela suffit pour donner aux mots *et compagnie* un sens très-réel et très-vrai;

3° Que toute la gestion de la Société a été confiée à Charles Moke, jusqu'à nouvel accord; que si, aux termes de l'art. 1er, il paraissait dépendre de lui seul (Vancaneghem) de faire ajouter sa signature à celle de son associé, l'exercice de cette faculté était subordonné, par l'art. 2, à un nouvel accord qui n'a pas eu lieu;

4° Qu'en cas de cession de son intérêt à un tiers, celui-ci n'était pas investi, par l'art. 12, d'un droit d'administration proprement dite, mais seulement d'un droit de participation en sous-ordre à l'administration qui, même dans ce cas, devait toujours appartenir à Charles Moke;

5° Que la Société a été formée entre deux Français; que c'est également entre Français qu'ont eu lieu les opérations auxquelles le procès doit son origine; que, dès-là, c'est aux lois françaises qu'on doit uniquement s'attacher, et que les lois anglaises ne peuvent influer en rien sur le sort des parties;

6° Qu'après tout, la cour d'appel, en jugeant, d'après l'ensemble du traité, qu'il y avait commandite, n'a pu contrevenir à aucune loi; qu'elle peut avoir mal jugé; mais que le mal jugé en fait d'interprétation de contrats, ne peut jamais donner prise à la cassation.

L'affaire portée à l'audience de la section civile, M. l'avocat général Giraud dit

Qu'à la vérité, il n'appartient pas à la cour de cassation de juger si une cour d'appel a bien ou mal interprété les clauses d'un contrat, et si, d'après ces clauses, elle a saisi les vraies intentions des parties contractantes;

Mais qu'il lui appartient éminemment d'examiner et de juger de quelle nature est et à quelle classe appartient un contrat;

Que, dans l'espèce, il résulte clairement de l'art. 1 du traité du 24 octobre 1800, que la Société formée par cet acte, n'est pas commanditaire, mais générale, puisqu'il y est stipulé que cette société aura pour signature les mots *Charles Moke et compagnie;*

Que la cour d'appel n'a pas dit que le sieur Vancaneghem eût restreint ses risques à sa mise; qu'elle n'a conséquemment pas déclaré

le fait qui aurait pu indiquer et caractériser une commandite ;

Que la cour d'appel a vu la commandite dans les clauses de l'acte portant que Charles Moke aura seul la signature, que seul il sera gérant, que sa mort dissolvera la Société, et qu'au contraire la Société survivra au sieur Vancaneghem : mais que ces clauses ne constituent pas essentiellement une Société commanditaire, et qu'elles sont autorisées, qu'elles sont même très-fréquentes, dans les Sociétés générales ;

Que la cour d'appel a encore vu la commandite, et dans le fait que le sieur Vancaneghem n'a pris aucune part à la gestion, et dans le fait que les créanciers, en traitant avec Charles Moke, n'ont pas cru traiter avec le sieur Vancaneghem et n'ont pas suivi sa foi ; mais que des faits postérieurs à un contrat de Société, ne peuvent pas en déterminer la nature originelle ;

Qu'ainsi, la cour d'appel a erré, non sur les faits, non sur le sens des clauses, mais sur l'essence de l'acte; qu'ainsi, elle a contrevenu à la loi, et qu'il y a lieu à la cassation de son jugement.

Par Arrêt du 28 mai 1806, au rapport de M. Chasle,

« Vu l'art. 7 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673 ;

» Considérant que l'acte passé entre Moke et Vancaneghem, le 24 octobre 1800, a constitué entre eux une Société *générale et ordinaire* ; que l'arrêt attaqué n'a pu lui-même en relever une seule clause qui le restreigne à la Société en commandite ; qu'ainsi, la cour d'appel de Bruxelles, en déclarant Vancaneghem commanditaire, *a dénaturé le contrat* : et qu'en en changeant l'essence, elle a soustrait Vancaneghem aux obligations qui résultaient, tant de ses conventions, que de l'article ci-dessus cité, art. 7 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673 ;

» La cour casse et annulle l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, du 10 fructidor an 12, pour contravention à la loi du contrat et aux dispositions de l'ordonnance de 1673, article précité...».

En exécution de cet arrêt, la cause est reportée devant la cour d'appel de Douai; et le 12 janvier 1807, arrêt sur délibéré et sections réunies, par lequel,

« Considérant que l'ensemble des clauses de l'acte de Société dont il s'agit, et les lettres circulaires écrites en exécution de l'art. 2 de cet acte, indiquent et constituent une Société en commandite; qu'il résulte dudit acte, et notamment des art. 1 et 2, que l'entière régie et administration de la Société appartenait exclusivement à Charles Moke, et que ledit Vancaneghem était resté inconnu; et que, s'il s'était réservé la faculté de gérer, il ne pouvait exercer cette faculté qu'au moyen d'une dérogation à l'acte faite d'un commun accord, et d'après laquelle son nom aurait été ajouté à la firme ;

» Que la raison de commerce prise en ces termes, *Charles Moke et compagnie*, est essentiellement relative, quant à ses effets, aux clauses dudit acte, et aux circulaires écrites en vertu d'icelui ; qu'il en résulte que ledit Vancaneghem est resté associé méconnu au public, et simple bailleur de fonds, qui, en conséquence, ne peut être obligé que jusqu'à concurrence de l'importance d'iceux ;

» Que le partage égal des bénéfices et des pertes, réglé par l'art. 7 dudit acte, relativement à la balance annuelle de la maison de commerce dont il s'agit, devait être porté sur le compte du capital ou sur les comptes particuliers des associés ;

» Que, par l'art. 16 dudit acte, relatif à la liquidation générale, il est réglé qu'il sera d'abord rendu alors à chaque associé le capital, ou dans la même proportion, en cas qu'il y ait un déficit; qu'il ne résulte pas desdites clauses, une obligation à la charge du commanditaire qui puisse s'étendre au-delà des fonds par lui versés dans la caisse de la Société;

» Qu'il est constaté, par la correspondance tenue entre les parties de Lesage (les sieurs Lubert), qu'elles n'ont jamais considéré celle de Desprès (le sieur Vancaneghem), avant la faillite dudit Moke, comme associé, mais simplement comme commissionnaire dudit Moke;

» La cour a mis et met l'appellation et le jugement dont est appel au néant; émendant déboute les parties de Lesage de leurs demandes...».

Les sieurs Lubert se pourvoient de nouveau en cassation; et l'affaire est portée devant les sections réunies, sous la présidence de M. le grand-juge ministre de la justice, conformément à l'art. 78 de la loi du 27 ventôse an 8 et à l'art. 4 de celle du 16 septembre 1807.

« Trois moyens de cassation (ai-je dit à l'audience du 29 janvier 1808) vous sont proposés par les sieurs Lubert :

» Violation de la loi 14, D. *de pactis* ;

» Violation de l'art. 7, et fausse application de l'art. 8 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673;

» Violation de la loi du contrat.

» La loi 14, D. *de pactis*, décide que les engagemens pris par le *maître* d'une Société, c'est-à-dire, par celui qu'elle a pour gérant ou

administrateur, lient tous les membres de cette Société, comme si chacun d'eux s'était engagé individuellement : *Magistri Societatum pactum et prodesse et obesse constat.*

» Mais cette loi ne peut, parmi nous, être appliquée, dans toute son étendue, qu'aux Sociétés ordinaires ou générales : et d'après l'art. 8 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, auquel est conforme l'art. 26 du Code de commerce, elle ne peut avoir, dans les Sociétés en commandite, d'autre effet que d'obliger l'associé commanditaire jusqu'à la concurrence de sa mise.

» Ainsi, le moyen de cassation que l'on tire de cette loi, est subordonné à la question de savoir si c'est une Société ordinaire qui a existé entre le sieur Vancaneghem et Charles Moke, ou si cette Société n'a été qu'en commandite.

» Il en est de même du moyen que les sieurs Lubert font résulter de l'art. 7 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, qui déclare tous les membres d'une Société ordinaire responsables solidairement des dettes contractées par chacun d'eux au nom de la Société elle-même, et de l'art. 8 du même titre qui limite la responsabilité des associés en commandite aux fonds qu'ils ont promis de verser dans la caisse sociale.

» Sans contredit, ces deux articles ont été, l'un violé, l'autre mal appliqué par la cour d'appel de Douai, si le sieur Vancaneghem était l'associé ordinaire de Charles Moke. Mais si le sieur Vancaneghem n'était, à l'égard de Charles Moke, qu'un associé en commandite, il est clair que la cour d'appel de Douai a fait une très-juste application de l'art. 8, et qu'elle n'a, en aucune manière, contrevenu à l'art. 7.

» Les deux premiers moyens de cassation des sieurs Lubert viennent donc se fondre dans le troisième, dans celui qui consiste à dire qu'en qualifiant de commanditaire, la Société contractée entre les sieurs Vancaneghem et Charles Moke, par le traité du 24 octobre 1800, la cour d'appel de Douai a dénaturé ce traité, et a, par suite, violé la loi qui l'obligeait d'en faire exécuter toutes les clauses.

» *Ici*, messieurs, deux questions principales se présentent à votre examen : la première, si effectivement la cour d'appel de Douai a dénaturé le contrat du 24 octobre 1800 ; la seconde, si, dans la supposition qu'elle l'ait réellement dénaturé, il y aurait lieu de casser son arrêt.

» La première question se divise en plusieurs branches.

» D'une part, la preuve qu'il n'a existé, entre Charles Moke et le sieur Vancaneghem, qu'une Société en commandite, résulte-t-elle de ce que le traité du 24 octobre 1800 confère à Charles Moke la gestion exclusive de la Société ? Résulte-t-elle de ce que le nom du sieur Vancaneghem n'ayant pas dû, d'après le traité, figurer dans les transactions relatives à la Société, et n'y ayant pas figuré en effet, les créanciers de la Société, et notamment le sieur Lubert n'ont pas pu suivre, dans ces transactions, la foi du sieur Vancaneghem ? Résulte-t-elle de ce que, par le traité, la mise du sieur Vancaneghem est limitée à 4,000 livres sterling ? Résulte-t-elle de ce que, par le traité, il est dit que la Société sera dissoute par la mort de Charles Moke, et qu'elle continuera, en cas de prédécès du sieur Vancaneghem, avec ses héritiers ?

» D'un autre côté, la Société a-t-elle, au contraire, pris le caractère d'une Société générale, par cela seul que le traité du 24 octobre 1800 lui donne pour raison sociale, la signature *Charles Moke et compagnie* ? A-t-elle pris ce caractère par l'effet de la faculté que l'art. 1 du traité réserve au sieur Vancaneghem, de joindre, quand il lui plaira sa signature à celle de Charles Moke ? L'a-t-elle pris par l'effet de la faculté que l'art. 12 du traité laisse au sieur Vancaneghem, de céder son intérêt à un tiers qui co-opérera à l'administration des affaires sociales ? L'a-t-elle pris par l'effet de la disposition que contient l'art. 16 du traité, relativement aux pertes que la Société pourra éprouver ?

» Enfin, si, par la solution de chacune des questions que nous venons de proposer, le point litigieux demeure encore indécis, quelles sont les considérations ultérieures qui devront en motiver la décision ?

» Ainsi, la première de nos deux questions principales en renferme réellement neuf : quatre dans l'intérêt du sieur Vancaneghem, quatre dans l'intérêt des sieurs Lubert, une dans l'intérêt de la justice.

» Et d'abord, le sieur Vancaneghem est-il fondé à soutenir qu'il n'y a eu entre lui et Charles Moke, qu'une Société en commandite, parceque le traité qui l'a établie, en conférait la gestion exclusive à celui-ci ?

» La négative nous paraît incontestable. A la vérité, il est de l'essence de la Société en commandite, que le commanditaire ne prenne aucune part à la gestion ; mais il n'est pas contraire à l'essence de la Société ordinaire, que la gestion soit confiée à un ou plusieurs des associés, à l'exclusion des autres. *Quelquefois* (dit Pothier, *Traité du contrat de*

Société, n° 60), *par le contrat de Société, on donne à l'un des associés l'administration des biens et des affaires de la Société. Et c'est à la faculté qu'ont les associés en nom collectif, de déléguer ainsi à l'un d'eux la gestion exclusive des affaires sociales, que fait allusion l'art. 5 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, quand il exige que, dans l'enregistrement des contrats de Société au greffe des juridictions consulaires, il soit fait mention des clauses extraordinaires, s'il y en a, pour la signature des actes : c'est à cette faculté que fait allusion l'art. 4 du même titre, quand il ordonne que tous actes portant changement d'associés, nouvelles stipulations ou clauses pour la signature, seront enregistrés et publiés.*

« En second lieu, le sieur Vancaneghem est-il fondé à soutenir qu'il n'y a eu, entre lui et Charles Moke, qu'une Société en commandite, soit parceque, d'après l'acte du 24 octobre 1800, son nom n'a pas dû figurer et n'a effectivement pas figuré dans les opérations sociales, soit parcequ'il est prouvé, par la correspondance des sieurs Lubert, que ceux-ci ont ignoré, jusqu'à la faillite de Charles Moke, qu'il fût son associé ?

» Sur cette question, comme sur la précédente, la négative nous paraît à l'abri de toute contradiction sérieuse, surtout d'après l'usage qui a prévalu dans toute la France, de ne pas faire enregistrer les contrats de Société ordinaire, nonobstant la disposition de l'ordonnance de 1673, qui avait prescrit cette formalité de la manière la plus absolue, surtout d'après la sanction que cet usage a reçue particulièrement dans la Belgique, par le soin qui a été pris en l'an 7, de n'y publier l'ordonnance de 1673, que dégagée de cette disposition même. Il est évident, en effet, que, cet usage existant, il n'y a point d'associé ordinaire non gérant, qui ne puisse dire, comme le sieur Vancaneghem, que son nom ne figure point dans les opérations sociales, et que les tiers qui traitent avec l'associé gérant, ne suivent point la foi des associés non gérans qu'ils ne connaissent pas. Le traité du 24 octobre 1800 ne place donc pas, à cet égard, le sieur Vancaneghem dans une catégorie distincte de celle d'un associé ordinaire non gérant; il ne résulte donc de la clause de ce traité qui porte que le nom du sieur Vancaneghem restera secret jusqu'à nouvel accord, ni une preuve, ni même une présomption que le sieur Vancaneghem n'ait été que l'associé commanditaire de Charles Moke.

» Inutile d'objecter que les tiers qui ont traité avec Charles Moke, ne peuvent pas avoir action contre un associé qu'ils ne connaissaient pas. Ils ne connaissaient pas cet associé, mais ils avaient, par la lettre circulaire de Charles Moke, certifiée et recommandée par le sieur Vancaneghem, la certitude que cet associé, quel qu'il fût, existait; ils avaient la certitude, en contractant avec Charles Moke, d'avoir pour garant solidaire l'inconnu qui avait formé une Société avec lui; enfin, ils ne contractaient avec lui que comme chef, comme gérant de cette Société. Qu'a-t-il donc fallu de plus pour qu'ils aient eu action contre le sieur Vancaneghem, du moment qu'ils ont découvert que c'était entre le sieur Vancaneghem et Charles Moke que cette Société avait été formée ? Et ne sent-on pas que, si le sieur Vancaneghem pouvait être jugé n'avoir été qu'associé commanditaire, par la seule raison qu'il n'était pas nommément connu de ceux qui traitaient avec Charles Moke, il n'y aurait pas, dans les Sociétés générales et ordinaires non enregistrées, un seul membre non gérant qui ne pût élever la même prétention ? C'est effectivement ce que soutenaient, dans une affaire jugée à la section civile, le 16 germinal an 11, au rapport de M. Cochard, les sieurs Bruley, Desgrais et Pardaillant. Ces trois particuliers s'étaient associés avec Jean Bart, le 16 floréal an 6, pour l'entreprise de la fourniture de la viande nécessaire à la consommation des hospices de Paris; et Jean Bart avait signé tous les effets, sous la raison Jean Bart et compagnie; mais l'acte de Société n'avait été enregistré qu'après la cessation de l'entreprise; en sorte que de tous ceux qui avaient contracté avec lui, il n'y en avait pas un qui, en contractant, eût su quels étaient ses associés, quoique tous sussent *bien*, par sa signature, qu'il en avait. Sous ce prétexte, ses associés ont prétendu que les porteurs de ses effets n'avaient aucune action contre eux. Mais leur système a été proscrit par un arrêt de la cour d'appel de Paris, du 29 floréal an 9, et la section civile a maintenu cet arrêt.

» Troisièmement, le sieur Vancaneghem est-il fondé à soutenir qu'il n'y avait, entre lui et Charles Moke qu'une Société en commandite, parceque le traité du 24 octobre 1800 limitait sa mise à 4,000 livres sterling?

» Non-seulement il n'y est pas fondé, mais on ne conçoit pas qu'il ait pu le soutenir sérieusement. Dans tous les contrats de Société ordinaire et générale, la mise de chaque associé est fixée, comme l'est dans celui du 24 octobre 1800, la mise du sieur Vancaneghem, comme l'est, dans le même acte, la mise de

Charles Moke. Ainsi, vouloir que la fixation de la mise d'un associé emporte la preuve qu'il est associé en commandite, c'est, en d'autres termes, vouloir qu'il ne puisse exister que des Sociétés commanditaires, c'est vouloir la chose du monde la plus absurde.

» Quatrièmement, le sieur Vancaneghem est-il fondé à soutenir qu'il n'a été que le commanditaire de Charles Moke, parceque la Société devait se dissoudre par la mort de celui-ci et non par la sienne?

» Pas davantage. D'une part, en effet, stipuler que le décès de Charles Moke dissolverait la Société, c'était une chose absolument surabondante : Charles Moke décédé, la Société aurait pris fin d'elle même, quand l'acte ne l'eût pas dit. D'un autre côté, ou la stipulation que la Société continuerait avec les héritiers du sieur Vancaneghem, était nulle, ainsi que le décidait expressément la loi 59, D. *pro socio*; ou elle était valable, d'après nos usages attestés par Masuer, dans sa *Pratique*, titre *des Associations*, n° 33, et consacrés par l'art. 1868 du Code civil. Au premier cas, cette stipulation étant réputée non écrite, ne pouvait pas avoir l'effet d'imprimer à la Société le caractère d'une association en commandite; au second cas, cette stipulation pouvant avoir lieu dans une Société ordinaire et générale, comme dans une Société en commandite, il est clair qu'elle ne pouvait pas plus caractériser celle-ci que celle-là.

» Ainsi, des quatre questions que nous avons proposées dans l'intérêt du sieur Vancaneghem, il n'en est pas une seule dont la solution lui soit favorable.

» Occupons-nous maintenant des quatre autres qui naissent de la défense des sieurs Lubert.

» 1° De ce que la Société contractée entre le sieur Vancaneghem et Charles Moke, a eu pour raison sociale les mots *Charles Moke et compagnie*, s'ensuit-il nécessairement qu'elle n'a pas été en commandite, s'ensuit-il nécessairement qu'elle n'a pu être qu'ordinaire et générale?

» L'affirmative paraît, au premier abord, n'être susceptible d'aucun doute.

» Savary, dans son *Parfait Négociant*, part. 2, liv. 1, chap. 1, définit la Société en commandite, celle *qui se fait entre deux personnes dont l'une ne fait que mettre son argent dans la Société, sans faire aucune fonction d'associé, et l'autre donne quelquefois son argent, mais toujours son industrie, pour faire,* SOUS SON NOM, *le commerce des marchandises dont ils sont convenus ensemble.*

» Plus bas il ajoute : *la Société en commandite est ainsi appelée, parceque celui qui donne ses deniers à un autre qui n'apporte en la Société bien souvent que* SON NOM, SOUS LEQUEL LE COMMERCE SE FAIT, *et son industrie pour en avoir la conduite, est toujours le maître.*

» Et déjà vous voyez que, selon Savary, dans la Société en commandite, l'associé gérant doit tout faire *sous son nom*, ce qui exclud évidemment l'emploi de toute raison sociale.

» La chose devient encore plus sensible dans les formules des contrats de Société en commandite, que Savary nous donne dans le chap. 2 du même livre.

» Dans la première formule, qui nous présente un contrat de Société en commandite formée entre trois personnes qui doivent gérer chacune séparément, il est dit que *les promesses et billets de ceux qui achèteront les marchandises, seront conçus sous le nom de l'un des associés seulement*; et voici la raison qu'en donne l'auteur : *il y aurait de grands inconvéniens, si les promesses et billets se faisaient au nom des trois associés, parcequ'il faudrait, pour les disposer, qu'ils signassent tous trois les ordres, ou les quittances et endossemens, ce qui ne se pourrait pas faire facilement, puisque les associés sont séparés, n'en étant pas de même d'une commandite, comme d'une autre Société, dont la raison est composée de noms collectifs, qui s'obligent les uns et les autres solidairement, quand quelqu'un des associés signe seul pour les autres*, tel et compagnie; *car les associés en commandite ne s'obligent point l'un et l'autre, comme il a été dit ci-devant, quoique les choses qu'ils traitent, aillent aux biens et à l'avantage de la Société; mais seulement chaque associé en particulier s'oblige, en son propre et privé nom, aux choses auxquelles il s'est obligé de faire par l'acte de société.*

» Dans la seconde formule, il est dit, art. 4 : *a été convenu que le commerce sera fait sous le nom dudit sieur Loiseau.*

» Mêmes expressions dans l'art. 4 de la troisième formule : *a été convenu que le commerce se fera sous le nom dudit Louvet.*

» Le même auteur, dans son parère 23, s'explique encore plus clairement là-dessus : *la première sorte des Sociétés qui se font dans le commerce, est celle qu'on appelle* collective, *c'est-à-dire, entre deux ou plusieurs personnes, dont la raison de la Société est sous les noms, par exemple, de* Pierre et François et compagnie, *qui signent l'un et l'autre les actes concernant la Société,* Pierre

et François et compagnie; *de sorte que, quand Pierre signe un billet ou lettre de change*, Pierre et François et compagnie, *il oblige solidairement avec lui François, son associé. La seconde sorte est celle qu'on appelle* Société en commandite, *c'est-à-dire, que Pierre et François font Société ensemble pour faire le commerce, dont François porte seulement son argent, sans agir ni apporter son industrie, et tout le commerce se fait sous son nom, et est le seul complimentaire de la Société; c'est pourquoi il n'y a que lui seul qui s'oblige, et n'oblige la Société que jusqu'à la concurrence du fonds capital qu'il a apporté à la Société. Il faut remarquer qu'il y a des Sociétés en commandite, dont les associés agissent chacun séparément, particulièrement quand le commerce qu'ils entreprennent, est pour les pays étrangers; l'un demeurera, par exemple, à Paris, et achètera toutes les marchandises sous son nom, sans qu'il soit fait mention de son associé; et l'autre demeurera à Madrid en Espagne, pour faire la vente des marchandises qui lui seront envoyées par son associé, aussi sous son nom, sans qu'il soit parlé de celui de Paris. En ce cas, chacun des associés s'oblige en son nom, sans obliger son associé. Pour faire le commerce de cette Société, il y a ordinairement deux maisons, l'une à Paris pour faire les achats des marchandises, et l'autre à Madrid pour en faire la vente.*

» Dans son parère 65, Savary revient encore sur cet objet: *dans la Société en commandite* (dit-il), *ce sont deux personnes qui s'associent pour faire le commerce ou la banque, sous le nom de l'un des deux, qu'on appelle mercantilement le* complimentaire *d'une Société en commandite, c'est-à-dire qu'il fait le commerce de la Société* en son seul et privé nom. *Ainsi, toutes les lettres et billets de change et autres actes concernant la Société, sont* signés de lui seul; *de sorte que le complimentaire de la Société en commandite, achetant, vendant et signant seul* en son privé nom, *n'oblige point son associé; de manière que, s'il venait à faire banqueroute, et qu'il n'y eût pas assez d'effets dans la Société pour payer les dettes qu'il aurait faites et créées, son associé ne perdrait que jusqu'à la concurrence de son fonds capital qu'il aurait mis en la Société. Cela est conforme à l'art. 8 du tit. 4 des Sociétés, de l'ordonnance de 1673 ci-dessus allégué, qui porte* que les associés en commandite ne seront obligés que jusqu'à la concurrence de leur part. *La raison de cette disposition est que les créanciers de la Société n'ont suivi, dans leurs négociations, que la bonne foi du complimentaire de ladite Société, et non celle de celui qui y participe sans y être nommé. Et la raison pour laquelle il perd jusqu'à la concurrence de son fonds capital, est qu'il ne peut participer aux profits qui se font dans la Société; sans participer aux pertes qui s'y font aussi; autrement, ce serait une Société léonine....*

» Pothier, dans son *Traité, du Contrat de Société*, n° 60, nous présente absolument les mêmes idées: *La Société en commandite* (se sont ses termes) *est une Société qu'un marchand contracte avec un particulier pour un commerce qui sera fait au* NOM SEUL *du marchand.....*

» Ces autorités paraissent établir invinciblement qu'il ne peut pas y avoir de Société en commandite entre deux personnes, dont l'une est, par l'acte même qui les associe, autorisée à signer *un tel et compagnie*; et que, par cela seul que l'une de ces personnes est autorisée à signer *un tel et compagnie*, la Société devient collective, ou, ce qui est la même chose, générale et ordinaire.

» Cependant, il est certain que l'usage du commerce s'est écarté, sur ce point, des principes établis par Savary et Pothier. Le sieur Vancaneghem a produit une consultation de trois anciens avocats d'Amsterdam, du 11 décembre 1806, et un certificat des négocians les plus distingués de la même place, en date du 12 du même mois, qui attestent *que les mots* ET COMPAGNIE *s'appliquent aussi bien à une Société commanditaire qu'à une Société générale.* Dans un ouvrage imprimé à Lyon, en 1762, et ayant pour titre, *Manuel historique, géographique et politique des négocians*, on trouve, tome 3, page 262, la formule d'un contrat de Société en commandite, où il est dit que le commerce se fera *sous la raison de Joseph Gallien et compagnie.*

» On a cherché, dans la discussion du Code de commerce au conseil d'état, à faire cesser cet usage; mais il était trop bien établi, il a triomphé des attaques qui lui ont été portées. Voici ce que contient à ce sujet le procès-verbal de cette discussion: *Un membre du conseil ne convient pas qu'il puisse y avoir une Société en commandite entre deux personnes seulement, dont l'une gère sous un nom social; car ce nom annonce au public une Société collective; et par cela seul qu'un négociant signe* un tel et compagnie, *il manifeste au public qu'il a au moins un associé non commanditaire. On sait bien que, dans quelques places de commerce, on s'est habitué à l'emploi du nom social, alors même qu'il*

n'existe qu'une Société en commandite entre deux personnes; mais cet usage est une source de surprises que l'on ne peut prévenir qu'en le proscrivant; car on ne les préviendrait pas en ordonnant que la Société en commandite sera enregistrée : elle ne doit pas l'être, et l'ordonnance de 1673 ne l'exigeait pas, parcequ'il faut laisser au commanditaire la facilité de demeurer ignoré.

» *M. Bégouen dit que le public ne peut être trompé par l'usage qu'on fait* (dans la Société en commandite) *d'un nom social. Celui qui forme l'entreprise, est toujours obligé de faire enregistrer la Société. Si les associés sont solidaires, il les déclare; s'il a un associé commanditaire, il peut ne pas le nommer, mais il déclare quelle est sa mise.....*

» *M. Cretet ajoute : On a demandé comment signerait le marchand qui n'aurait pour associé qu'un seul commanditaire? Il signerait* tel et compagnie; *et le public entendrait très-bien une formule* A LAQUELLE IL EST ACCOUTUMÉ, *et dont le sens est fixé par* L'USAGE.

» Ces observations ont prévalu, et elles ont eu pour résultat l'art. 23 du Code de commerce, lequel porte : *La Société en commandite se contracte entre un ou plusieurs associés responsables et solidaires, et un ou plusieurs associés simples bailleurs de fonds, que l'on nomme* commanditaires *ou* associés en commandite. *Elle est régie* SOUS UN NOM SOCIAL, *qui doit être nécessairement celui d'un ou plusieurs des associés responsables et solidaires.*

» Cette disposition n'étant, d'après le procès-verbal du conseil d'état, que confirmative de l'usage précédemment établi dans le commerce, il est clair qu'à l'époque où le sieur Vancaneghem s'est associé avec Charles Moke, il pouvait être formé des Sociétés en commandite, dont les gérans administrassent sous une raison sociale; et dès-là, nécessité de reconnaître que la clause de l'acte du 24 octobre 1800, par laquelle Charles Moke est autorisé à gérer sous la raison *Charles Moke et compagnie*, n'est pas une preuve légale que la Société contractée entre lui et le sieur Vancaneghem, ait été une Société collective et ordinaire.

» 2° Cette Société doit-elle être considérée comme collective et ordinaire, par cela seul que le sieur Vancaneghem est déclaré, par le 1er article du traité, maître de joindre, quand il lui plaira, sa propre signature à celle de Charles Moke?

» Non; et la raison en est que, par l'art. 2, l'exercice de cette faculté est subordonné à un nouvel accord à faire entrer les parties, accord qui n'a pas eu lieu, et dont, par conséquent, le défaut doit faire regarder comme non-écrite la disposition du premier article, qui en dépend comme de sa condition essentielle et *sine qud non.*

» 3° Cette Société doit-elle être regardée comme collective et générale, par cela seul que l'art. 12 du traité réserve au sieur Vancaneghem la faculté de céder son intérêt à un tiers, et porte qu'en cas d'exercice de cette faculté, son cessionnaire *devra résider* dans la maison de commerce et y *travailler pour le bien et l'avantage de la Société?*

» Non encore. A la vérité, il a toujours été de maxime qu'une Société qualifiée de commanditaire, doit être considérée comme collective et générale, lorsque le titre qui la constitue, investit les soi-disant commanditaires du droit de prendre part à l'administration des affaires de cette Société, et leur y donne voix délibérative; et c'est ce que la section civile a jugé le 16 germinal an 11, au rapport de M. Cochard, sur la demande des sieurs Bruley, Desgrais et Pardaillant, en cassation de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 floréal an 9 dont nous avons déja parlé, demande qu'elle a rejetée, *attendu que, bien que l'acte de Société du 16 floréal an 6 qualifiât les associés de commanditaires, il portait aussi qu'ils administreraient l'entreprise et auraient voix délibérative dans les assemblées; d'où il suivait que la participation active de tous les prétendus commanditaires à tous les actes d'administration de ladite Société, devenant incompatible avec une Société stipulée simplement en commandite, la faisait dégénérer en Société simple, de manière que tous les sociétaires devenaient par le fait associés principaux, et comme tels passibles de toutes les actions qui militaient contre l'associé principal.*

» A la vérité, l'art. 27 du Code de commerce consacre cette maxime, en décidant que l'associé commanditaire *ne peut faire aucun acte de gestion, ni être employé pour les affaires de la Société, même en vertu de procuration;* et l'art. 28 ajoute que, *en cas de contravention mentionnée en l'article précédent, l'associé commanditaire est obligé solidairement avec les associés en nom collectif, pour toutes les dettes et engagemens de la Société.*

» Mais tout ce qu'on peut raisonnablement conclure de cette maxime, c'est que, si le sieur Vancaneghem eût effectivement cédé son intérêt à un tiers qui eût pris, à l'administration des affaires sociales, la part que le traité lui donnait le droit d'y prendre, son cessionnaire

eût été, dès-lors, l'associé ordinaire de Charles Moke, et que, dès ce moment, la Société qui, dans le principe, aurait pu n'être que commanditaire à l'égard du sieur Vancaneghem, se serait transformée, dans la personne du cessionnaire de celui-ci, en Société collective et générale.

» 4° Enfin, cette Société peut-elle être considérée comme générale et collective, à raison de ce que, par l'art. 16 du traité, il est dit que, lors de la liquidation définitive, *il sera d'abord rendu à chaque associé ou ses ayant-cause le capital de sa mise, ou dans la même proportion en cas qu'il y eût déficit?*

» Que pourrait-on alléguer pour l'affirmative, et qu'y a-t-il dans cette clause qui caractérise une Société ordinaire, plutôt qu'une Société en commandite? Dans la Société en commandite comme dans la Société ordinaire, lorsque les mises sont altérées, chacun des associés perd sur la sienne à proportion du capital dont elle se compose. La stipulation dont il s'agit, convient donc à l'une comme à l'autre Société; et s'il n'en résulte pas que le sieur Vancaneghem a été associé en commandite de Charles Moke, il n'en résulte pas non plus qu'il a été son associé ordinaire.

» Ce n'est donc, ni par la solution des quatre questions que nous avons proposées dans l'intérêt des sieurs Lubert, ni par la solution des quatre questions que nous avons proposées dans l'intérêt du sieur Vancaneghem, que nous pouvons arriver à celle de la première de nos deux questions principales, que nous pouvons parvenir à savoir si, par son arrêt du 12 janvier 1807, la cour d'appel de Douai a ou n'a pas dénaturé le contrat de Société du 24 octobre 1800. C'est donc par des considérations ultérieures que nous devons chercher à résoudre le problème qui nous occupe.

» Si une Société peut être collective et générale, alors même qu'elle n'a qu'un gérant connu; si une Société peut être en commandite, alors même que n'ayant qu'un gérant connu, elle est administrée sous une raison sociale; s'il ne répugne à l'essence ni de l'une ni de l'autre, que la mise de chaque associé y soit déterminée spécifiquement; si l'une et l'autre peut exister avec la clause qu'en cas de perte sur les mises, celle de chacun des associés en souffrira une diminution proportionnelle; en un mot, si ces deux Sociétés se touchent par tant de points, si elles se ressemblent sous tant de rapports, il faut pourtant qu'il y ait un point où elles se séparent; il faut pourtant qu'il y ait un rapport sous lequel l'une des deux diffère essentiellement de l'autre. Ce point en quoi consiste-t-il? Ce rapport, comment le saisirons-nous? Voilà le véritable nœud de notre question.

» Mais là-dessus, nulle difficulté. Tout le monde sait qu'il n'y a de Société en commandite, qu'autant que les risques de l'un des associés sont bornés à sa mise; qu'autant que l'un des associés n'est obligé, par le fait des autres, qu'à raison de sa mise; qu'autant que l'un des associés peut se libérer envers les créanciers de la Société en leur abandonnant sa mise.

» Il faut donc, pour constituer une Société en commandite, que, par l'acte qui l'établit, il soit stipulé que l'un des associés ne sera obligé que jusqu'à la concurrence des fonds qu'il aura dû y verser. Il ne peut donc pas y avoir de Société en commandite, là où cette stipulation ne se trouve pas.

» Et cela est si vrai, que, de tous les auteurs qui parlent de la Société en commandite, il n'en est pas un seul qui n'attache à cette stipulation le caractère distinctif de la Société connue sous cette dénomination.

» Savary, part. 2, liv. 3, chap. 1er, dit: *Les marchands et autres personnes qui feraient des Sociétés en commandite, doivent bien prendre garde de mettre toujours cette clause dans l'acte, qu'ils ne seront tenus à aucune dette de la Société; et qu'en cas de perte, ils ne pourront perdre que jusqu'à la concurrence des sommes qu'ils y auront mises.*

» Pothier, *Traité du contrat de Société*, n° 60, définit la Société en commandite, *une Société qu'un marchand contracte avec un particulier, pour un commerce qui sera fait au nom seul du marchand, et auquel l'autre contractant contribue seulement d'une certaine somme d'argent qu'il apporte pour servir à composer le fonds de la Société, sous la convention qu'il aura une certaine part dans le profit, s'il y en a, et qu'il portera, dans le cas contraire, la même part des pertes, dont il ne pourra néanmoins être tenu que jusqu'à concurrence des fonds qu'il aura apportés en la Société.*

» Il est, à la vérité, un cas où cette stipulation, essentiellement caractéristique de la Société commanditaire, doit être, de plein droit, sous-entendue dans un acte d'association: c'est lorsque, par cet acte même, il est dit que l'association sera en commandite, sans que d'ailleurs il soit attribué ni réservé aucun droit de gestion à l'associé qui n'apporte dans la masse sociale que son argent. Dans ce cas, sans doute, il y aura Société en commandite, quoiqu'il ne soit pas stipulé formellement que le bailleur de fonds ne pourra perdre rien au-delà de sa mise; mais pourquoi? Parcequ'en contractant

une Société qualifiée de commanditaire, on est nécessairement censé la contracter telle qu'elle doit être d'après l'essence de cette Société; parceque la condition que le bailleur de fonds ne pourra perdre rien au-delà de sa mise, étant de l'essence de la Société en commandite, établir une Société en commandite, et stipuler expressément cette condition, c'est absolument la même chose; parceque l'un emporte nécessairement l'autre.

» Ainsi, lors même qu'en exécution des art. 42 et 43 du Code de commerce, l'extrait d'une Société est enregistré avec la mention qu'elle est en commandite, et que le commanditaire dont on tait le nom, a fourni ou dû fournir telle valeur, il n'en faut pas davantage pour que le public sache que l'associé non gérant n'est engagé que jusqu'à la concurrence de cette valeur; il n'en faut pas davantage pour que cet associé soit un commanditaire proprement dit.

» Mais l'acte de Société est-il muet sur le caractère de l'association? L'acte de Société ne qualifie-t-il l'association, ni de Société ordinaire et collective, ni de Société en commandite? Alors il faut bien, si l'on veut ne former, sans le dire littéralement, qu'une Société en commandite, placer dans l'acte la clause expresse que le bailleur de fonds ne pourra rien perdre au-delà de sa mise; et, à défaut de cette clause, la Société qui n'a pas le nom de commanditaire, n'en aura pas non plus la nature ni les effets.

» Or, dans notre espèce, que trouvons-nous? Le traité du 24 octobre 1800 ne dit pas que la Société entre le sieur Vancaneghem et Charles Moke sera en commandite. Elle ne peut donc avoir été constituée en commandité, que par la clause que les engagemens du sieur Vancaneghem seront limités à sa mise.

» Mais cette clause est-elle écrite dans le traité? Non, elle ne l'est ni expressément ni virtuellement. Elle n'y est point écrite expressément: c'est un fait reconnu par les parties et par la cour d'appel de Douai. Elle n'y est pas écrite virtuellement; car ce traité ne contient pas un mot d'où l'on puisse inférer qu'elle ait été dans l'intention des contractans; et bien loin de là, il nous présente, dans son septième article, une disposition qui, par sa généralité, suppose une intention directement contraire: *les bénéfices que fera ladite maison*, y est il dit, *seront reconnus annuellement par ladite balance et seront partagés par moitiés égales entre les soussignés*..... IL EN SERA DE MÊME POUR LES PERTES, S'IL Y EN A. Le sieur Vancaneghem s'oblige donc à supporter la moitié des pertes que la Société pourra essuyer, et comment s'y oblige-t-il? Vous le voyez, messieurs, il s'y oblige sans restriction, il s'y oblige indéfiniment; et c'est en quoi cet article diffère du seizième, que nous avons prouvé ne pouvoir être invoqué contre le sieur Vancaneghem. En effet, dans l'art. 16, il n'est question que des pertes constatées par la liquidation définitive après la dissolution de la Société; et l'on n'y prévoit que le cas où elles diminueront le capital de chaque mise; sans l'absorber; mais dans l'art. 7, il s'agit des pertes constatées par la balance annuelle de la Société; on n'y distingue pas si elles absorberont le capital de chaque mise, ou si elles ne feront que l'entamer; et dès que cette distinction n'y est pas écrite, de quel droit l'y suppléerait-on? De quel droit restreindrait-on à la mise du sieur Vancaneghem, l'obligation qu'il s'est imposée de supporter la moitié de toutes les pertes qui pourraient survenir?

» Mais, après tout, quand nous abandonnerions l'argument qui sort de l'art. 7, quand l'art. 7 n'emporterait pas, par sa rédaction générale et indéfinie, l'idée d'une soumission illimitée à toutes les dettes sociales, encore faudrait-il que le traité du 24 octobre 1800 nous offrit, dans un autre article, quel qu'il fût, la preuve que le sieur Vancaneghem n'a voulu se soumettre aux dettes sociales que jusqu'à la concurrence de sa mise. Car prétendre, comme l'a fait la cour d'appel de Douai, que cette preuve résulte des articles qui déférent à Charles Moke la gestion exclusive de la Société, c'est un système que nous avons déjà pulvérisé; et nous devons ajouter ici que ce système a été solennellement condamné en 1752, par un arrêt contradictoire de l'ancien conseil privé, confirmatif d'un arrêt de la grand'chambre du parlement de Bretagne.

Dans le fait (nous copions les propres termes de Poullain-Duparc, tome 3, chap. 170), *le 28 août 1741, le sieur Lory, négociant à Nantes, et le sieur Jean du Boucher, négociant à Madrid, firent, sous seing-privé, un acte de Société, pour avoir lieu entr'eux et Bernard du Boucher, frère de Jean, aussi négociant à Madrid. Cet acte de Société contient dix-huit articles:*

Le premier, que la Société sera sous le nom de du Boucher frères et compagnie, *et que les dits Jean et Bernard du Boucher seront seuls autorisés à signer;*

Le second, que la Société sera censée commencée depuis le 1er janvier 1740, auquel jour expirera la précédente, entre Lory et Jean du Boucher, et qu'elle durera six ans.

» *Le troisième et le quatrième fixent le capital à 250,000 réaux, dont 90,000 seront mis par Lory, et les autres 160,000 seront mis par Jean du Boucher, sans que Bernard du Boucher soit tenu de fournir de capital, sa capacité lui en tenant lieu.*

» *Par le cinquième, les du Boucher, obligés de prendre mutuellement l'avis l'un de l'autre, et de ne rien déterminer sans leur consentement unanime, étaient tenus, si l'affaire était d'une conséquence sérieuse, de la communiquer à Lory, dont l'avis aurait droit d'approbation ou d'opposition.*

» *Par le sixième, la Société était continuée jusqu'aux termes portés à l'art. 2, même en cas de mort d'un des associés.*

» *Les art. 7, 8, 9 et 10 concernent uniquement la dépense de la maison de commerce, et le partage du travail entre les deux frères du Boucher.*

» *Par l'art. 11, aucun des contractans ne pourra faire d'entreprise avec la cour d'Espagne, pour la masse commune, sans une approbation signée des trois.*

» *Par l'art. 12, il était convenu que le poste dans une place serait choisi de l'approbation des contractans, ou à la pluralité des voix.*

» *Par l'art. 13, il devait être fourni tous les ans, ou au moins tous les deux ans, une balance générale, dont copie serait envoyée au sieur Lory.*

» *L'art. 14 concernait le renouvellement de la Société après son expiration; et il ne pouvait être fait que d'un sentiment unanime.*

» *Par le quinzième, les du Boucher ne pouvaient faire, en leur particulier, aucun genre de commerce.*

» *Par le seizième, dès l'expiration de la Société, on fera procéder à la liquidation de tous les comptes dans six mois: et avant de partager, toutes les dettes de la Société seront acquittées; après quoi, si le capital se trouve existant en espèces, Lory retirera le sien; et si, par les pertes souffertes, ou que les frais excédant le profit, le capital en avait souffert, en ce cas, la perte en sera supportée, par égales portions, entre Lory et Jean du Boucher.*

» *Par le dix-septième, les parts dans les profits étaient de sept seizièmes pour Lory, sept seizièmes pour Jean du Boucher, et deux seizièmes pour Bernard du Boucher.*

» *Par le dix-huitième, on choisit des arbitres en cas de contestation.*

» *Jean du Boucher mourut le 13 juillet 1742..... La décadence de la maison sociale augmentant de jour en jour, les paiemens cessèrent le 15 décembre de la même année, et Bernard du Boucher se retira au couvent de Saint-Basile..... Quelques créanciers ayant agi le 30 janvier 1743, le juge descendit, le 1er février, dans la maison, et les scellés furent apposés sur la caisse et sur les papiers de la Société.....*

» *Le 7 septembre 1744, les sieurs Riberolle et Bressant, négocians à Paris et à Lyon, créanciers de la Société, assignèrent le sieur Lory au consulat de Nantes, pour être condamné de payer le contenu aux lettres de change et aux comptes arrêtés dont ils étaient porteurs. D'autres créanciers agirent également.*

» *La défense du sieur Lory fut, 1° que l'acte de Société n'ayant point été enregistré ni inséré dans un tableau suivant l'art. 2 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, il était nul et ne pouvait produire aucune action; 2° qu'en supposant une Société revêtue de toutes ses formes, elle ne serait qu'en commandite, et qu'il ne pouvait être tenu qu'à la perte de ce qu'il avait mis dans la Société, si les dettes excédaient le fonds.*

» *Sur ces moyens, le sieur Lory fut déclaré mal et follement intimé, par sentence des consuls de Nantes, des 24 décembre 1744 et 9 janvier 1745.*

» *Les créanciers ont relevé appel au parlement.*

» Ici, Poullain du Parc nous retrace les moyens sur lesquels les créanciers fondaient leur appel: ils consistaient en deux propositions:

» L'une, que la disposition de l'ordonnance de 1673, qui déclarait nuls, même à l'égard des tiers, les contrats de Société non enregistrés, n'avait jamais été observée dans les places de commerce; et que l'usage de l'Espagne était, à cet égard, parfaitement conforme à l'usage de la France;

» L'autre, que le sieur Lory n'était pas entré dans la Société dont il s'agissait, en qualité d'associé en commandite; qu'il y était entré comme associé ordinaire non gérant; que cela résultait, et de ce que, dans le doute, la Société est réputée générale; que la commandite est une exception au droit commun; que toute exception au droit commun doit être établie en termes clairs et précis; et de ce que, par l'acte du 28 août 1741, le sieur Lory, loin de restreindre ses engagemens à sa mise, avait consenti de supporter indéfiniment une part proportionnelle de toutes les pertes; que, par sa qualité d'associé ordinaire, quoique non gérant, quoique par-là inconnu aux créanciers, il était tenu à tous les événemens, parceque les créanciers avaient suivi la foi d'une Société générale.

» Par arrêt du 4 août 1746, les sentences de la juridiction consulaire ont été infirmées, et le sieur Lory a été condamné à payer aux sieurs Riberolle et Bressant le montant entier de leurs créances.

» Le sieur Lory s'est pourvu en cassation ; et, du premier abord, arrêt est intervenu sur sa requête, le 4 mars 1748, par lequel le conseil a cassé celui du parlement de Rennes, sans doute par le motif qu'il était contraire aux dispositions de l'ordonnance de 1673, concernant l'enregistrement des contrats de Société.

» Mais les créanciers ayant formé opposition à cet arrêt, le conseil, mieux instruit, a, par arrêt contradictoire du 3 mai 1752, débouté le sieur Lory de sa demande en cassation.

» Cette espèce a, comme vous le voyez, beaucoup d'analogie avec la nôtre. Elle en diffère néanmoins dans un point important : c'est que, par le traité entre les sieurs Lory et du Boucher, tout en stipulant que les sieurs du Boucher auraient seuls la gestion des affaires sociales, on avait expressément conditionné que, pour les objets majeurs, les sieurs du Boucher seraient tenus d'en référer au sieur Lory; clause qui ne se trouve pas dans le traité entre les sieurs Vancaneghem et Charles Moke. Mais les deux espèces se ressemblent parfaitement, elles sont absolument identiques, quant au point de droit sur lequel la cour d'appel de Douai a motivé sa décision. Le sieur Lory était, comme le sieur Vancaneghem, resté inconnu au public ; et de même que Charles Moke, en agissant sous la raison *Charles Moke et compagnie*, avait annoncé au public qu'il avait au moins un associé, de même aussi les sieurs du Boucher, en agissant sous la raison *de Boucher frères et compagnie*, avaient annoncé au public qu'à leur Société était agrégée au moins une personne de plus qu'eux. Or, le parlement de Bretagne, et le conseil d'état, après lui, ont jugé que le sieur Lory ne pouvait pas se soustraire aux poursuites des créanciers de la Société, sous le prétexte que, d'après les clauses de l'association elle-même, son nom ne devait figurer en rien dans les opérations de ses associés. Ils ont donc jugé à l'avance que le sieur Vancaneghem ne peut pas se faire des clauses semblables de son contrat de Société, un moyen pour repousser les actions dirigées contre lui par les créanciers de la raison *Charles Moke et compagnie*. Ils ont donc, à l'avance, condamné le système auquel la cour d'appel de Douai s'est attaché.

» Mais si le sieur Vancaneghem ne peut pas argumenter ici du voile sous lequel, d'après les clauses du traité du 24 octobre 1800, son nom devait rester dans les opérations de son associé, quelle ressource lui restera-t-il pour établir qu'il n'a existé, entre lui et Charles Moke, qu'une Société en commandite? Encore une fois, il n'y a, il ne peut y avoir de Société en commandite, que là où les engagemens de l'un des associés sont restreints à sa mise ; et ici, rien qui prouve, rien même qui permette de présumer, que le sieur Vancaneghem ait voulu restreindre à sa mise les engagemens qu'il a consenti de former envers le public par l'organe de son associé Moke. Encore une fois, la Société en commandite est une exception au droit commun des Sociétés; il faut donc que cette exception soit clairement justifiée; et ici on n'en rapporte ni preuve, ni indice même apparent.

» Le moyen, d'ailleurs, de concevoir qu'une pareille exception soit entrée dans les vues de deux négocians qui, en s'associant, donnaient pour siége à leur Société, un pays où la Société en commandite est inconnue, un pays où la solidarité est absolument de l'essence de toute obligation contractée par un associé, un pays où les clauses des contrats d'association qui ont pour objet de limiter les risques des associés non gérans à la perte de leur mise, ne peuvent avoir leur effet que par l'intervention du pouvoir législatif, que par un *acte du parlement*? Le sieur Vancaneghem n'ignorait pas, il ne pouvait pas ignorer, en signant le traité du 24 octobre 1800, que la Société qu'il contractait avec Charles Moke, serait, même malgré toutes les précautions qu'il voudrait prendre au contraire, considérée dans la Grande-Bretagne comme une Société collective : et à qui persuadera-t-on qu'il ait eu seulement la pensée de donner à sa Société, dans les rapports qu'elle pourrait avoir avec la France, un caractère différent de celui qu'elle devait forcément avoir dans ses rapports avec l'Angleterre?

» Disons donc, et c'est ce qui décide la première de nos deux questions principales, disons que, par l'arrêt qui vous est dénoncé, la cour d'appel de Douai a dénaturé le contrat de Société du 24 octobre 1800, qu'elle a substitué des conventions imaginaires aux véritables conventions des parties, qu'elle a arbitrairement déchargé le sieur Vancaneghem des obligations qu'il s'était imposées.

» Mais de là s'ensuit-il que vous deviez, que vous puissiez casser son arrêt? C'est notre seconde question, et elle nous paraît devoir être examinée sous deux points de vue différens.

» D'abord, l'arrêt dont il s'agit doit il être cassé par la seule raison qu'il a dénaturé le contrat sur lequel il a prononcé?

» Ensuite, doit il l'être, parce qu'en dénaturant ce contrat, il a violé l'art. 7 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, suivant lequel *tous associés sont obligés solidairement aux dettes de la société, encore qu'il n'y en ait qu'un qui ait signé, au cas qu'il ait signé pour la compagnie?*

» Sous le premier point de vue, la question ne peut plus être résolue aujourd'hui comme elle l'eût été avant la loi du 16 septembre 1807.

» Avant la loi du 16 septembre 1807, c'était une maxime consacrée par un grand nombre de vos arrêts, que la violation manifeste d'un contrat formait une ouverture de cassation; et elle avait pour base l'idée que l'on ne peut pas violer un contrat, sans violer la loi qui veut que les contrats soient exécutés tels que les parties contractantes les ont souscrits.

» Mais la loi du 16 septembre 1807, relative aux second et troisième recours en cassation, nous paraît nécessiter là-dessus une distinction importante:

» Ou il existe une loi qui détermine l'essence du contrat violé dans son essence même, ou il n'existe pas de loi semblable.

» Au premier cas, nul doute que la violation du contrat ne doive encore aujourd'hui, comme avant la loi du 16 septembre 1807, entraîner la cassation d'un jugement en dernier ressort. Ainsi, l'art. 1587 du Code civil définissant la vente, *une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer*, il est évident que, si un jugement en dernier ressort décidait qu'il n'y a point de contrat de vente valablement formé, là où il y a tout à la fois consentement, chose et prix, ce jugement devrait être annulé. Ainsi, l'art. 1584 du même Code établissant que *la vente peut être faite purement et simplement, ou sous une condition, soit suspensive, soit résolutoire*, il est évident que vous devriez casser tout jugement en dernier ressort qui déciderait qu'un contrat de vente, formé sous une condition suspensive, n'est pas obligatoire, alors même que la condition est remplie.

» Mais lorsqu'il n'existe point de loi qui détermine l'essence du contrat que l'on accuse un jugement en dernier ressort d'avoir dénaturé, qu'arriverait il si, trouvant l'accusation fondée, vous cassiez ce jugement? Sans contredit, le tribunal auquel vous renverriez le fond, pourrait rendre un jugement conforme à celui que vous auriez déjà cassé; et si vous cassiez encore ce jugement, le tribunal que vous appelleriez à statuer pour la troisième fois sur le fond, aurait le même pouvoir. Mais alors, la loi du 16 septembre 1807 vous ferait un devoir de référer au gouvernement pour obtenir un *décret déclaratoire de la loi*. Et quel décret le gouvernement pourrait-il rendre sur votre référé? *Un décret déclaratoire de la loi* suppose nécessairement une loi pré-existante. Il ne peut donc pas y avoir lieu à un décret pareil sur une matière qu'aucune loi n'a encore réglée: il ne pourrait donc y avoir lieu sur cette matière, qu'a une loi nouvelle; et l'on sent assez qu'une loi nouvelle ne pourrait pas motiver la cassation d'un jugement antérieur.

» Or, pour entrer dans notre espèce, y a-t-il une loi qui détermine les caracteres distinctifs de la Société en commandite d'avec la Société ordinaire et collective? Non: ces caractères ne sont déterminés que par l'usage; c'est l'usage seul qui nous apprend en quoi la Société ordinaire et collective diffère de la Société en commandite; c'est d'après l'usage seul, que les auteurs qui ont écrit sur l'une et l'autre Sociétés, en ont indiqué les différences.

» Dès-lors, qu'a fait la cour d'appel de Douai, en déclarant Société en commandite, une Société que l'usage général de la France, que tous les auteurs lui présentaient comme ordinaire et collective? Elle a mal jugé, très mal jugé; mais elle n'a pas pu violer, sur l'essence du contrat de Société ordinaire et collective, et sur ses différences d'avec la Société en commandite, une loi qui n'existe pas. Dès-lors, par conséquent, nulle possibité de casser son arrêt de ce chef.

» Mais ici se présente le deuxième point de vue sous lequel notre question doit être envisagée. En donnant au contrat de Société du 24 octobre 1800, un caractère que lui refusait l'usage général de la France, la cour d'appel de Douai a déchargé le sieur Vancaneghem des obligations auxquelles l'art. 7 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, l'eût forcée de le déclarer assujéti, si elle eût laissé ce contrat dans sa véritable nature: n'a-t-elle point, par là, violé cet article, et cet article ne commande-t-il pas la cassation de son arrêt?

» Non, messieurs, et il y en a une raison extrêmement simple. Quel était l'objet direct de la contestation sur laquelle cette cour a statué? Ce n'était pas de savoir si un associé ordinaire est tenu solidairement des dettes contractées par son associé sous la raison sociale. Il n'y avait là-dessus aucune difficulté: le principe était reconnu de part et d'autre, l'on n'était divisé que sur son application

et son application dépendait de ce seul point : est-ce une Société ordinaire, est-ce une Société en commandite, qui a existé entre le sieur Vancaneghem et Charles Moke ? C'était donc dans ce seul point qu'était renfermé tout le procès. La cour d'appel de Douai n'a donc, en jugeant le procès, prononcé directement que sur ce point. C'est donc aussi à ce seul point que nous devons nous attacher pour décider si, en le jugeant aussi mal qu'elle l'a fait, elle a violé la loi.

» S'il en était autrement, si, sous le prétexte qu'une erreur sur un point de fait, entraîne nécessairement une erreur sur un point de droit, la cour pouvait casser l'arrêt ou le jugement en dernier ressort qui aurait été amené à l'erreur de droit par l'erreur de fait, quel est donc l'arrêt, quel est donc le jugement en dernier ressort, qui pourrait échapper à la cassation ?

» Une succession collatérale est ouverte *ab intestat :* plusieurs prétendans la réclament ; tous conviennent qu'elle appartient au parent le plus proche ; et il n'y a, entre eux de difficulté que sur les preuves de la parenté et du degré de la parenté de chacun d'eux. Un arrêt prononce sur ces preuves, et adjuge la succession à la partie qu'il juge avoir en sa faveur la proximité du degré. On se pourvoit contre cet arrêt, et l'on vous dit : *En jugeant que telle partie est dans le degré de parenté le plus voisin du défunt, on n'est pas seulement tombé dans un erreur de fait, on a encore violé, par une conséquence nécessaire, l'art. 734 du Code civil, qui appelle les parens les plus proches à l'exclusion des plus éloignés.* Que ferez-vous, messieurs, d'une pareille réclamation ? Indubitablement vous la rejetterez sans examen.

» Une vente d'immeubles est attaquée du chef de lésion. Nulle contestation entre les parties sur le principe établi par l'art. 1674 du Code civil, que la rescision doit être prononcée, si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix. Mais le vendeur a-t-il été lésé en effet au-delà de ce taux ? Les parties plaident sur ce point et font respectivement leurs preuves. Les juges prononcent ensuite, décident qu'il y a lésion de plus de sept douzièmes, et rescindent le contrat. Un pareil jugement, s'il est en dernier ressort, pourra-t-il être cassé, comme errant sur le fait de la lésion, et par suite comme violant l'art. 1674 du Code ? Il n'est personne qui ne réponde : non, il ne le pourra pas (1).

(1) V. le plaidoyer du 5 janvier 1809, rapporté aux mots *Substitution fidéicommissaire*, sect. 8.

» Et à quelle conséquence ces exemples nous conduisent-ils ? A celle-ci ; que la cour d'appel de Douai a rendu un très-mauvais arrêt ; mais que cet arrêt est à l'abri de la cassation, et qu'il y a lieu de débouter les sieurs Lubert de leur demande. C'est à quoi nous concluons ».

Par arrêt rendu, sur délibéré, au rapport de M. Vergès, le 2 février 1808,

« Considérant que la cour dont l'arrêt est attaqué, en décidant que la Société contractée le 24 octobre 1800, entre Moke et Vancaneghem, était simplement en commandite, s'est déterminée d'après l'interprétation qu'elle a donnée aux clauses du contrat social, et aux lettres circulaires écrites en exécution de ce contrat ; que, par cette interprétation qui était dans ses attributions, cette cour n'a violé aucune loi ;

» La cour rejette le pourvoi des frères Lubert et fils... ».

Il n'y a pas eu, dans les opinions, une seule voix pour le bien-jugé de l'arrêt attaqué, et le mal-jugé en a paru si extraordinaire, que le rejet de la demande en cassation n'a passé qu'à une faible majorité.

III. Suivant l'art. 38 du Code de commerce, « le capital des Sociétés en commandite peut » être divisé en actions, sans aucune dérogation aux règles établies pour ce genre de Société ».

V. l'article suivant.

ART. III. *De la Société anonyme.*

La Société anonyme était diversement définie avant le Code de commerce.

Suivant Jousse, sur le tit. 4 de l'ordonnance de 1673, elle ne différait en rien de la Société en participation.

L'opinion la plus saine était, comme on le verra dans le plaidoyer du 16 avril 1806, rapporté ci-après, sect. 3, §. 2, art. 1, n° 2, que la Société anonyme était le genre de la Société en participation et de la Société en commandite.

Mais le Code de commerce en fait une espèce de Société toute particulière, et qui n'a rien de commun, ni avec celle-ci, ni avec celle-là. Voici ses termes :

« Art. 29. La Société anonyme n'existe point sous un nom social : elle n'est désignée par le nom d'aucun des associés.

» 30. Elle est qualifiée par la désignation de l'objet de son entreprise.

» 31. Elle est administrée par des mandataires à temps, révocables, associés ou non associés, salariés ou gratuits.

» 32. Les administrateurs ne sont responsables que de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu. Ils ne contractent, à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle ni solidaire, relativement aux engagemens de la Société.

» 33. Les associés ne sont passibles que de la perte du montant de leur intérêt dans la Société.

» 34 Le capital de la Société anonyme se divise en actions, et même en coupons d'actions d'une valeur égale.

» 35. L'action peut être établie sous la forme d'un titre au porteur. Dans ce cas, la cession s'opère par la tradition du titre.

» 36. La propriété des actions peut être établie par une inscription sur les registres de la Société. Dans ce cas, la cession s'opère par une déclaration de transfert inscrite sur les registres, et signée de celui qui fait le transport, ou d'un fondé de pouvoir.

» 37. La Société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du gouvernement, et avec son approbation pour l'acte qui la constitue : cette approbation doit être donnée dans la forme prescrite pour les réglemens d'administration publique ».

Pour déterminer les formes dans lesquelles doit être demandée l'autorisation du gouvernement requise par ce dernier article, pour la formation des Sociétés anonymes, le ministre de l'intérieur a fait, le 31 décembre 1807, une instruction ainsi conçue :

« Art. 1. Les individus qui voudront former une Société anonyme, seront tenus de se conformer au Code de commerce ; et pour obtenir l'autorisation du gouvernement, ils adresseront au préfet de leur département, et à Paris, au préfet de police, une pétition signée de ceux qui veulent former la Société.

» 2. La pétition contiendra la désignation de l'affaire, ou des affaires que la Société veut entreprendre, le temps de sa durée, le domicile des pétionnaires, le montant du capital que la Société devra posséder, la manière dont ils entendent former ce capital, soit par souscriptions simples ou par actions; les délais dans lesquels le capital devra être réalisé; le domicile choisi où sera placée l'administration, le mode d'administration, et enfin l'acte ou les actes d'association passés entre les intéressés.

» 3. Si les souscripteurs de la pétition ne complètent pas eux seuls la Société qui doit être formée, s'ils déclarent avoir l'intention de la compléter, lorsque seulement ils auront reçu l'approbation du gouvernement, ils devront, dans ce cas, composer au moins le quart en somme du capital, et s'obliger de payer leur contingent, aussitôt après l'autorisation donnée.

» 4. Les préfets des départemens, et le préfet de police à Paris, feront, sur la pétition à eux adressée, toutes les informations nécessaires pour vérifier les qualités et la moralité, soit des auteurs du projet, soit des pétitionnaires. Ils donneront leur avis sur l'utilité de l'affaire, sur les probabilités du succès qu'elle pourra obtenir; ils déclareront si l'entreprise ne paraît point contraire aux mœurs, à la bonne foi du commerce, et au bon ordre des affaires en général; ils feront des recherches sur les facultés des pétitionnaires, de manière à s'assurer qu'ils sont en état de réaliser la mise pour laquelle ils entendent s'intéresser. Les pièces et l'avis du préfet seront adressés au ministre.

» 5. Le ministre, après avoir examiné la proposition, la soumettra à Sa Majesté en son conseil d'état, qui statuera sur son admission ou son rejet.

» 6. Il ne pourra être rien changé aux bases ni au but de la Société anonyme, après l'approbation reçue, sans avoir obtenu, dans les formes prescrites par la présente instruction, une nouvelle autorisation du gouvernement ; et ce, à peine de l'interdiction de la Société.

» 7. Les Sociétés anonymes actuellement existantes, seront tenues, à peine d'interdiction, de demander l'autorisation du gouvernement dans les mêmes formes prescrites par la présente instruction ; et ce, dans le délai de six mois, à compter du 1er janvier 1808 ».

ART. IV. *De la Société en participation.*]]

I. La Société en participation [[qui, d'après Jousse, etait dans les deux premieres éditions de cet ouvrage, qualifiée de *Société anonyme*,]] est celle qui a lieu entre deux personnes qui conviennent d'avoir part dans une négociation que doit faire l'une d'elles en son nom seul. Par exemple, vous trouvez à Lorient une certaine quantité de sucre, de café, ou d'autres marchandises que vous avez dessein d'acheter pour les revendre; comme vous n'avez pas les fonds nécessaires pour faire seul cet achat, vous écrivez à un ami pour lui proposer d'y prendre part avec vous : il vous répond qu'il accepte la proposition, et qu'il vous fera parvenir les fonds nécessaires pour sa part ; en conséquence, vous faites la négociation seul en votre nom : c'est une Société anonyme, dans laquelle vous êtes le seul associé connu, et votre ami l'associé inconnu.

Il y a aussi une sorte de Société de participation qu'on appelle *momentanée* : elle a lieu quand les acheteurs qui se trouvent à une vente de meubles, conviennent d'être réciproquement de part dans tous les achats que chacun d'eux fera, et qu'il en sera fait une masse après la vente, pour être le tout partagé entre eux.

[[L'art. 47 du Code de commerce porte *qu'indépendamment des trois espèces de Société ci-dessus* (la Société en nom collectif, la Société en commandite, et la Société anonyme), *la loi reconnaît les associations commerciales de participation.*

« Ces associations (ajoute l'art. 48) sont relatives à une ou plusieurs opérations de » commerce; elles ont lieu pour les objets, » dans les formes, avec les proportions d'in» térêts, et aux conditions convenues entre les » particuliers ».]]

II. La Société de participation ressemble à la Société en commandite, en ce que, dans l'une et dans l'autre, il n'y a que l'un des associés qui contracte avec les créanciers de la Société: l'autre associé, qui est l'associé inconnu dans les Sociétés de participation, de même que l'associé en commandite, ne traitent directement qu'avec leur associé principal.

Ces Sociétés diffèrent en ce que, dans la Société de participation, l'associé inconnu est tenu indéfiniment, pour la part qu'il a dans la Société, d'acquitter son associé des dettes qu'il a contractées pour la Société; au lieu que l'associé en commandite n'en est tenu que jusqu'à concurrence de la somme qu'il a mise en Société.

[[III. La Société en participation est-elle soumise aux mêmes règles que la Société en nom collectif, la Société en commandite et la Société anonyme? [*V.* ci-après, sect. 6, §. 3, n° 2.

SECTION III. *Formalités auxquelles est soumis le contrat de Société, tant pour sa perfection intrinsèque que pour son exécution et sa preuve.*

Il faut, à cet égard, distinguer les Sociétés de biens ou d'affaires non commerciales, d'avec les Sociétés de commerce.

§. 1. *Formalités des contrats de Société de biens ou d'affaires non commerciales.*

Ces contrats n'exigent, soit pour leur perfection intrinsèque, soit pour leur exécution, soit pour leur preuve, que les formalités communes à toutes les conventions synallagmatiques.

Ainsi, le consentement des parties suffit pour les former. Il n'importe même que ce consentement soit manifesté par des paroles, par des lettres missives ou par des faits. Dans tous les cas, il est obligatoire. *Societatem coire, et re, et verbis et per nuncium posse dubium non est.* (Loi 4, D. *pro socio*).

Mais à défaut de preuve de ce consentement, il demeure sans effet; et la preuve n'en peut être faite par témoins, que dans le cas, bien rare sans doute, où la valeur de l'objet de l'association n'excède pas 150 francs.

Telle est la règle générale à laquelle tous les contrats sont soumis par l'art. 1341 du Code civil; mais ce Code a cru devoir la rappeler spécialement sous le titre du *Contrat de Société* : « Toutes Sociétés (y est-il dit), doivent être rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de 150 francs. » La preuve testimoniale n'est point admise » contre et outre le contenu en l'acte de So» ciété, ni sur ce qui serait allégué avoir été » dit avant, lors ou depuis cet acte, encore » qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moin» dre de 150 francs ».

V. le plaidoyer du 16 avril 1806, rapporté ci-après, §. 2, art. 1, n.° 2.

§. *Formalités des contrats de Société de commerce.*

L'ordonnance de 1673, et après elle le Code de commerce, ont assujéti ces contrats à des formalités particulières.

ART. I. *Dispositions de l'ordonnance de 1673 sur les formalités relatives aux contrats de Société de commerce.*]]

I. Les six premiers articles du tit. 4 de l'ordonnance du mois de mars 1673, ont ainsi déterminé les formalités des actes de Société de commerce :

« 1. Toute Société générale ou en commandite, sera rédigée par écrit, ou par-devant notaire, ou sous signature privée; et ne sera reçu preuve par témoins contre et outre le contenu en l'acte de Société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis l'acte, encore qu'il s'agit d'une somme ou valeur moindre de 100 liv.

» 2. L'extrait des Sociétés entre marchands et négocians, tant en gros qu'en détail, sera enregistré au greffe de la juridiction consulaire, s'il y en a; sinon, en celui de l'hôtel commun de la ville; et s'il n'y en a point, au greffe de nos juges des lieux, ou de ceux des seigneurs; et l'extrait inséré dans un tableau exposé en lieu public; le tout, à peine de nullité des

actes des contrats passés, tant entre les associés qu'avec leurs créanciers et ayant-cause.

» 3. Aucun extrait de Société ne sera enregistré, s'il n'est signé ou des associés, ou de ceux qui auront souffert la Société, et ne contient les noms, surnoms, qualités et demeures des associés, et les clauses extraordinaires, s'il y en a, pour la signature des actes, le temps auquel elle doit commencer et finir; et ne sera réputée continuée, s'il n'y en a un acte par écrit, pareillement enregistré et affiché.

» 4. Tous actes portant changement d'associés, nouvelles stipulations ou clauses pour la signature, seront enregistrés et publiés, et n'auront lieu que du jour de la publication.

» 6. Les Sociétés n'auront effet à l'égard des associés, leurs veuves et héritiers, créanciers et ayant-cause, que du jour qu'elles auront été enregistrées et publiées au greffe du domicile de tous les contractans, et au lieu où ils auront magasin ».

II. On voit que la principale des formalités prescrites par l'ordonnance de 1673, consiste en ce que l'acte de Société doit être rédigé par écrit, soit par-devant notaire, soit sous signatures privées.

[[Mais l'article qui prescrivait cette formalité, s'opposait-il à ce que l'on reçût la preuve testimoniale, soit d'une Société générale ou en nom collectif, soit d'une Société en commandite, soit d'une Société anonyme, lorsqu'il en existait des commencemens de preuve par écrit?

En brumaire an 7, le sieur Tort de la Sonde fait assigner les sieurs Henri et Michel Simons, frères, au tribunal de commerce de Paris, pour se voir condamner solidairement à lui rendre compte de l'entreprise des fournitures qu'ils ont faites en 1792 et 1793, pour l'approvisionnement de l'armée française dans la Belgique, entreprise dans laquelle il soutient avoir été leur associé secret, sous la condition stipulée par un acte du mois de novembre 1792, qu'à lui seul appartiendrait la moitié des bénéfices.

Les frères Simons comparaissent sur cette assignation, et demandent leur renvoi devant les juges d'Altona, où ils se prétendent domiciliés; Michel Simons ajoute même qu'il est *absolument étranger à cette affaire*.

Le 17 ventôse an 7, jugement qui les déboute de leur déclinatoire; et, faute par eux de répondre au fond, les condamne par défaut et solidairement à rendre le compte demandé par le sieur Tort de la Sonde.

Les frères Simons forment, chacun séparément, opposition à ce jugement.

Tort de la Sonde ne suit d'abord cette opposition que contre Henri.

Celui-ci commence par nier l'existence de la Société; mais en 1801, Tort de La Sonde produit un acte ainsi conçu:

« Les soussignés sont convenus que toutes les entreprises qui seront faites par le cit. Henri Simons, de Dunkerque, pour le service des armées françaises, pendant la durée de la présente guerre, seront régies par lui, pour le bénéfice en être partagé par moitié avec le cit. La Sonde.

» En conséquence, il sera donné à ce dernier toutes communications des marchés, factures et autres pièces justificatives à l'appui de la comptabilité pour le compte social.

» Les fonds d'avance seront déposés entre les mains du cit. Michel Simons, banquier à Paris, sous son cautionnement vis-à-vis du gouvernement.

» Fait double et de bonne foi, à Cambrai, le 4 novembre 1792. *Signé* Henri Simons, Tort de La Sonde ».

A la vue de cet acte, Henri Simons fait assigner son frère Michel en garantie pour la moitié des condamnations que Tort de La Sonde pourrait faire prononcer contre lui; et il obtient un jugement par défaut qui lui adjuge sa demande.

Le 16 prairial an 9, jugement par lequel le tribunal de commerce déclare qu'il y a eu Société entre Tort de La Sonde et Henri Simons, condamne celui-ci à rendre compte, et renvoie, à cet effet, les parties devant des arbitres.

Le 6 nivôse an 12, sentence arbitrale, suivie d'un arrêt de la cour d'appel de Paris, du 2 fructidor an 13, qui condamne Henri Simons à payer à Tort de La Sonde la somme de 616,271 francs.

Avant cet arrêt, Tort de La Sonde s'était aperçu que tous les biens de Henri Simons avaient été grevés, depuis l'assignation originaire de l'an 7, d'inscriptions hypothécaires qui en absorbaient la valeur; et il avait cru devoir, en conséquence, reprendre contre Michel Simons, par exploit du 28 floréal an 12, les erremens de l'opposition que celui-ci avait formée au jugement par défaut du 12 ventôse an 7.

Henri et Michel Simons avaient-ils prévu cette marche? Ce qui pourrait le faire présumer, c'est que, dès le 30 pluviôse de la même année, le premier avait passé, devant notaire, à Anvers, une procuration par laquelle il désavouait l'assignation en garantie donnée au second en 1801, et se désistait du jugement

par défaut, rendu en conséquence; c'est que, le 18 pluviôse suivant, ils avaient passé, au tribunal de commerce, un jugement qui, statuant sur l'opposition formée par Michel à celui de 1801, et donnant défaut contre Henri, avait déclaré ce dernier non-recevable dans sa demande en garantie.

Quoi qu'il en soit, le 16 prairial an 12, il a été rendu, entre Tort de La Sonde et Michel Simons, un jugement interlocutoire, par lequel,

« Vu l'expédition délivrée par le greffier du conseil de Brabant, du procès pendant audit conseil, entre le procureur général (du gouvernement autrichien) et le sieur la Sonde, duquel il résulte, 1° que, par ordre du ministre Metternich, ledit la Sonde a été arrêté le 9 juillet 1793, par l'amman de la ville de Bruxelles, qui a enlevé tous les papiers dudit la Sonde; 2° que, depuis, il a été impossible à celui-ci de recouvrer sesdits papiers, quelques instances que lui et le procureur général du conseil de Brabant aient faites à cet égard, ce qui met ledit la Sonde hors d'état de représenter au tribunal le triple, étant dans lesdits papiers, de l'acte de Société passé, sous signature privée, entre lui et les sieurs Michel et Henri Simons, au mois de novembre 1792;

» Vu un certificat desdits Henri et Michel Simons, délivré, en décembre 1792, au sieur Stevens, par lequel ils reconnaissent qu'il leur a remis les pièces constatant les fournitures déjà faites à cette époque;

» Vu un autre certificat du 11 prairial an 12, délivré par Camus, archiviste du corps législatif, qui établit l'existence d'une lettre écrite de Péronne par Michel Simons à Tort de la Sonde, le 17 novembre 1792, ladite lettre trouvée dans *l'armoire de fer*, et de laquelle il résulte que le sieur Michel Simons était intéressé dans les approvisionnemens de l'armée commandée par Dumouriez;

» Lecture faite du jugement du 12 ventôse an 7:

» Lecture faite aussi du jugement du 28 floréal an 9, entre les sieurs Henri et Michel Simons, duquel il résulte que le premier avait cité le second pour se joindre à lui, et procéder conjointement sur la demande de la Sonde, comme étant tous les deux intéressés pour moitié dans l'entreprise dudit la Sonde;

» Considérant que desdits jugemens, il résulte évidemment que la Sonde a été d'autant mieux fondé, en l'art. 7, à poursuivre le sieur Michel Simons, comme l'un de ses associés, que le sieur Henri Simons, son frère, avait lui-même confirmé cette association, en l'assignant, en l'an 9, en garantie, comme associé avec lui la Sonde;

» D'où il suit qu'il y a des commencemens de preuves par écrit plus que suffisans pour accueillir les conclusions subsidiaires de la Sonde, tendantes à la preuve par témoins des faits par lui allégués savoir: qu'il a été contracté sous signature privée, en novembre 1792, entre Michel Simons, conjointement avec Henri son frère, pour moitié, et la Sonde pour l'autre moitié, une Société pour l'entreprise des fournitures des armées de la république; que ledit écrit, signé des trois parties, a existé entre les mains de la Sonde, et parmi ses papiers; que sesdits papiers ont été enlevés par force majeure, à la fin de juillet 1793; que le contrat de Société a été exécuté, quant aux opérations d'achat et de fournitures, par ledit Michel Simons, conjointement avec son frère Henri; que ce dernier a toujours appelé et considéré ledit Michel comme son associé;

» Par ces motifs, le tribunal (de commerce) avant faire droit au principal, autorise la Sonde à compléter ses preuves, et à faire citer et comparaître des témoins... ».

En exécution de ce jugement, le sieur Tort de la Sonde fait entendre des témoins, les uns devant le tribunal de commerce de Paris, les autres devant celui de Bruxelles.

Et le 17 vendémiaire an 13, jugement définitif par lequel.

« Vu une procuration passée devant Glaize, notaire à Anvers, le 30 pluviôse an 12, par laquelle le sieur Henri Simons donne, à celui qui en sera porteur, pouvoir de désavouer et même de se désister de la demande par lui formée devant le tribunal, en floréal an 9, contre le sieur Michel Simons, son frère, en garantie des condamnations qui pourraient être prononcées contre lui Henri Simons, au profit du sieur Tort de la Sonde, en qualité de leur associé; ladite procuration fournie par ledit Michel-Jean Simons;

» Lecture prise de nouveau des déclarations faites devant le tribunal, et devant celui de Bruxelles, par les six témoins entendus, en prairial et messidor derniers, en exécution du jugement précité, du 16 prairial même année;

» Considérant que la Société contractée en novembre 1792, entre les frères Simons et le sieur Tort de la Sonde, pour la fourniture des fourrages de l'armée française, et dont l'existence était contestée par le sieur Henri Simons, comme elle l'est aujourd'hui par le sieur Michel-Jean Simons, son frère, a été jugée constante, tant par le jugement du 16

prairial an 9, que par l'arrêt de la cour d'appel qui, par les puissans motifs y exprimés, l'a confirmé le 14 fructidor dernier;

» Que la procuration susmentionnée, *restée en blanc*, et donnée le 30 pluviôse an 12, par le sieur Henri Simons, est postérieure au jugement arbitral rendu contre lui, le 6 nivôse an 12; et qu'il est évident qu'elle n'a eu lieu qu'à cause des suites qui pourraient résulter dudit jugement contre ledit Michel-Jean Simons; que, jusqu'à l'époque de ladite procuration, c'est-à-dire, pendant près de trois années, ledit Henri Simons n'a pas eu l'intention de désavouer la demande en garantie qu'il avait formée contre son frère, ni de s'en désister, et que, jusqu'à présent, le désaveu ni le désistement n'ont pas eu lieu devant le tribunal: d'où il suit que cette procuration a été faite pour servir ledit Michel-Jean Simons, dans le cas où il serait attaqué de nouveau, comme il l'a été en l'an 7, en qualité de membre de ladite Société, avec le sieur Tort de la Sonde;

» Que ledit Michel-Jean Simons ayant bien senti qu'il ne serait point admissible à contester un témoignage aussi irrévocable que celui de son frère, a pris, de son côté, le mois suivant, un jugement par défaut contre son frère, qui déclare ce dernier non-recevable dans sa demande en garantie, du mois de floréal an 9, précaution absolument inutile, *s'il eût été vrai* que son frère avait l'intention de se désister de cette demande;

» Qu'ainsi, il résulte de ces deux pièces, et du profond silence de Henri Simons sur ce jugement, la preuve d'*un concert* entre les deux frères, pour faire disparaître le témoignage de Henri Simons contre ledit Michel-Jean Simons; que d'ailleurs, ce dernier ayant encore senti que ce concert ne suffirait pas pour détruire, aux yeux de la justice, le témoignage dont elle serait frappée, a imaginé de faire plaider que la demande en garantie de son frère contre lui, avait pour cause des objets particuliers entre eux, et étrangers au sieur Tort de la Sonde; tandis qu'au contraire, il est prouvé, par l'exploit de demande, en floréal an 9, que Henri Simons l'attaquait comme membre de leur Société avec ledit Tort de La Sonde, *en garantie* des condamnations que ce dernier pourrait obtenir contre lui Henri Simons; de laquelle contradiction entre les deux frères, il suit que le témoignage de Henri Simons contre Michel-Jean Simons reste dans toute sa force;

» Que, des reproches proposés par le sieur Michel-Jean Simons contre quatre des six témoins entendus, il n'y a d'admissible que celui fait au sieur Lamothe, de Bruxelles, en raison de sa lettre du 30 prairial an 10, adressée au sieur Henri Simons, par laquelle il le menace de dénoncer au gouvernement la conduite qu'il a tenue avec son frère, dans leurs fournitures à l'armée, ce qui est en effet un motif fondé de récusation; mais qu'à l'égard des reproches faits aux trois autres témoins, ils sont inadmissibles; que, d'ailleurs, la religion du tribunal ne pouvait être mieux éclairée que par ceux qui avaient eu des relations avec les parties, au sujet des fournitures dont il s'agit, ou par ceux qui avaient *coopéré*, d'une manière indirecte, à l'exploitation de la Société;

» Enfin, qu'en joignant à toutes les pièces produites par le sieur Tort de la Sonde, les déclarations admises de cinq témoins, et le témoignage du sieur Henri Simons, résultant de sa demande en garantie contre son frère, en l'an 9, il s'ensuit *la preuve la plus évidente* que les deux frères Henri et Michel-Jean Simons ont été intéressés conjointement pour moitié, dans l'entreprise dont il s'agit, et le sieur Tort de la Sonde pour l'autre moitié;

» Le tribunal, sans avoir égard à la procuration du sieur Henri Simons, tendante au désaveu, non effectué depuis, de sa demande en garantie contre son frère....; faisant droit sur l'opposition formée par le sieur Michel-Jean Simons, au jugement par défaut rendu contre lui le 12 ventôse an 7, le reçoit opposant audit jugement; attendu qu'il n'est pas obligé à la reddition du compte à laquelle il avait été condamné, puisqu'aux termes de l'acte du 4 novembre 1792, passé entre les deux frères Simons et le sieur Tort de la Sonde, c'est le sieur Henri Simons seul qui a été chargé de la régie de l'entreprise de la Société; statuant pareillement sur l'opposition dudit Michel-Jean Simons, au jugement aussi par défaut, du 12 ventôse an 7, le déboute de son opposition audit jugement, en ce qui touche sa qualité reconnue d'associé; et, avant de statuer sur le surplus dudit jugement, et des dernières conclusions du sieur Tort de la Sonde, le tribunal surseoit à y faire droit jusqu'après le vu de l'arrêt définitif que rendra la cour d'appel, sur le compte qu'elle a obligé le sieur Henri Simons à rendre audit sieur Tort de la Sonde, par son arrêt du 14 fructidor dernier; toutes choses, d'ailleurs, demeurant en état, et condamne ledit Michel-Jean Simons aux dépens.....».

Le sieur Michel Simons appelle de ce jugement et de celui du 16 prairial an 12.

Le sieur Tort de la Sonde appelle aussi incidemment du premier.

Le 12 pluviôse an 13, arrêt par lequel,

« Considérant, en droit, que, suivant l'art. 1 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, toute Société générale ou en commandite doit être rédigée par écrit, en prohibant toute preuve par témoins contre et outre le contenu en l'acte de Société, et sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors et depuis l'acte, encore qu'il soit question d'une somme ou valeur moindre de cent livres;

» Considérant, en fait, qu'il est constant, par l'acte de Société du 4 novembre 1792, qu'il n'y avait de Société, pour raison des fournitures qui y sont énoncées, qu'entre Tort de la Sonde et Henri Simons, acte dans lequel Michel Simons n'est désigné que comme banquier et caution;

» La cour (d'appel de Paris) met l'appellation et ce dont est appel au néant; émendant, déclare nul tant le jugement du 16 prairial an 12, que les enquêtes qui ont été faites en conséquence;

» En ce qui touche l'appel de Michel Simons, du jugement du 17 vendémiaire an 13, par les motifs ci-dessus, et attendu que Tort de la Sonde ne représente aucun acte de Société entre lui et ledit Michel Simons, met l'appellation et ce dont est appel au néant; émendant, décharge ledit Michel Simons des condamnations contre lui prononcées par ledit jugement; au principal, déclare Tort de la Sonde non-recevable en sa demande, soit à fin de compte de Société, soit en paiement de 699,900 livres; fait main-levée de toutes saisies, oppositions, et inscriptions hypothécaires;

» En ce qui touche l'appel de Tort de la Sonde, du même jugement du 17 vendémiaire an 13, attendu les motifs ci-dessus, et que Tort de La Sonde n'avait aucune sorte de demande à former contre Michel Simons, soit à raison de la Société, puisqu'elle n'existait pas avec lui, soit pour faire valider les enquêtes indûment faites; prononçant en conséquence, par jugement nouveau, à cet égard, met l'appellation et ce dont est appel au néant; émendant, déclare Tort de la Sonde non-recevable dans toutes ses demandes formées, soit en première instance, soit sur son appel.... ».

Le sieur Tort de la Sonde se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

« C'est surtout dans les affaires de la nature de celle qui vous est soumise en ce moment (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 16 avril 1806), que nous avons besoin de nous rappeler, à chaque pas que nous faisons dans leur examen, combien est impérieuse la loi qui, en matière de cassation, détermine et circonscrit les attributions de la cour suprême.

» Lorsqu'un arrêt est dénoncé comme manifestement inique; lorsqu'à l'appui de cette dénonciation, des moyens très-apparens sont développés dans une audience solennelle, tout homme pour qui la justice et l'équité ne sont pas de vains mots, se sent, comme malgré soi, pressé du désir de le voir soumis à une révision, et par conséquent d'en trouver les moyens.

» Mais ce désir, si louable dans un particulier, n'est, pour le magistrat, qu'un piége contre lequel il doit s'armer de la défiance la plus sévère; en s'y livrant avec trop d'abandon, le magistrat courrait le risque de se fasciner les yeux, au point de voir dans la loi ce qui n'y est pas, et de ne pas voir tout ce qui y est.

» En créant la cour de cassation, le législateur ne l'a point chargée de réparer toutes les erreurs des tribunaux placés sous sa surveillance; il ne l'a point investie, à leur égard, d'un pouvoir réviseur; il ne lui a délégué que le droit d'examiner si, dans leurs arrêts, ils ont violé le texte de la loi.

» Nous n'avons donc pas ici à rechercher si la cour d'appel a mal jugé au fond, mais si, en supposant qu'elle ait mal jugé au fond, elle a contrevenu à quelque disposition législative.

» S'il faut en croire le demandeur, elle a contrevenu à l'ordonnance de 1667, à celle de 1673 et au Code civil.

» Mais d'abord, le Code civil n'a été décrété et promulgué que long-temps après que l'affaire a été portée en justice, et il n'a pu avoir sur cette affaire aucune espèce d'influence.

» Ensuite, quelles sont les dispositions de l'ordonnance de 1667 auxquelles le demandeur accuse l'arrêt d'avoir contrevenu? Ce sont celles de l'art. 3 du tit. 20, ainsi conçues: *N'entendons exclure la preuve par témoins pour dépôt nécessaire, au cas d'incendie, ruine, tumulte, naufrage, ni en cas d'accident imprévu où on ne pourrait avoir fait des actes; et aussi lorsqu'il y aura un commencement de preuve par écrit.*

» Il résulte de cet article, dit le demandeur, que la preuve testimoniale du FAIT que Michel Simons était intéressé dans la Société contractée entre Henri Simons et moi, devait être admise à double titre: qu'elle devait être admise, parceque je prouvais, par pièces authentiques, *que tous mes papiers avaient été enlevés en juillet* 1793, par ordre du gouvernement autrichien, et que j'offrais de prouver que, parmi mes papiers, avait existé un acte par lequel Michel Simons avait formellement reconnu ce fait; qu'elle devait être admise, parceque je rapportais de ce même fait, de

puissans et graves *commencemens de preuve par écrit*; et qu'ainsi, avoir rejeté cette preuve, comme l'a fait la cour d'appel de Paris, c'est avoir doublement violé cet article.

» Ce raisonnement se divise, comme vous voyez, en deux branches; et il est facile de voir que, dans la première, il n'y a rien qui ne porte à faux.

» L'art. 3 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667 ne renferme pas un mot d'où l'on puisse inférer que la preuve testimoniale soit admissible, lorsqu'elle a pour objet d'établir qu'un titre prétendu détruit ou soustrait par une force majeure, a existé, a été vu, tenu et lu, a été exécuté, avant l'événement qui en a causé la perte. Ce n'est pas que ce principe ne soit vrai en lui-même; mais il n'était, avant le Code civil, écrit en termes généraux dans aucune loi expresse. On voit seulement, en parcourant les lois antérieures au Code civil, qu'elles l'avaient adopté pour quelques cas particuliers.

» La loi 2, C. *de testamentis*, voulait qu'on fût reçu à prouver par témoins le contenu d'un testament qui avait été detruit par un événement dont la preuve était rapportée: *Publicati semel testamenti fides, quamvis ipsa materia in quâ primùm à testatore scriptum relictum fuit, casu qui probatur, intercidit, nihilominùs valet.*

» La loi 18, C. *de testibus*, voulait que l'on fût reçu à prouver par témoins la teneur d'une quittance qui avait péri par une force majeure, et qui avait pour objet une dette fondée en titre, quoique régulièrement elle n'admit pas ce genre de preuve pour le paiement d'une dette dont un titre constatait l'existence: *Sin verò facta quidem per scripturam securitas sit, fortuito autem casu vel incendii, vel naufragii, vel alterius infortunii perempta, tunc liceat his qui hoc perpessi sunt, causam peremptionis probantibus, etiam debiti solutionem per testes probare, damnumque ex amissione instrumenti effugere.*

» L'art. 14 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667 voulait que, si les registres de l'état civil venaient à se perdre, et que la perte en fût constatée, les naissances, mariages et décès pussent être prouvés tant par les papiers domestiques des pères et mères décédés, que par témoins.

» Enfin, l'art. 6 du tit. 3 de la loi du 15-28 mars 1790, relative aux droits féodaux, voulait que les propriétaires de fiefs, dont les archives et les titres auraient été brûlés ou pillés à l'occasion des troubles survenus depuis le commencement de l'année 1789, pussent, en faisant preuve du fait, tant par titres que par témoins, dans les trois années, être admis à prouver, soit par actes, soit par la preuve testimoniale d'une possession de trente ans, antérieure à l'incendie ou au pillage, la nature et la quotité de ceux des droits non supprimés sans indemnité qui leur appartenaient.

» Voilà les seules lois qui, avant le Code civil, aient admis la preuve testimoniale en remplacement de titres que des événemens fortuits avaient fait disparaître; et comme vous le voyez, aucune de ces lois n'établissait un principe général; chacune de ces lois ne décidait qu'un cas particulier; et quoique la jurisprudence eût étendu à tous les cas les décisions particulières de ces lois, ce n'est pas à dire pour cela que ces lois aient été violées par l'arrêt attaqué. On pourrait seulement reprocher à l'arrêt d'avoir refusé de donner à ces lois l'extension assurément juste et raisonnable que leur avait donnée la jurisprudence: mais de là même il suit évidemment que l'arrêt attaqué ne peut pas être cassé pour contravention à ces lois.

» Remarquons d'ailleurs que l'acte dont le sieur Tort de la Sonde demandait à prouver le contenu, par témoins, n'était, suivant le sieur Tort de la Sonde lui-même, qu'un acte sous seing-privé; et vous sentez, messieurs, qu'en pareil cas, il serait souvent bien dangereux d'admettre la preuve par témoins.

» La signature mise au bas d'un acte privé, n'est regardée, par la loi, comme l'ouvrage de celui dont elle figure le nom, que lorsqu'elle a été, ou reconnue, soit devant notaire, soit en justice, ou tenue pour reconnue, par un jugement rendu à la suite d'une vérification d'écritures. Dès-là (pourrait dire le défendeur), que vous servirait-il de prouver qu'un acte sous seing-privé, portant ma prétendue signature, a été vu, tenu et lu par différentes personnes? Cette preuve faite, il resterait encore à savoir si la signature qui se trouvait à la fin de cet acte, était véritablement la mienne. Et comment la justice pourrait-elle s'éclairer sur ce point? D'un côté, en niant l'existence de l'acte, je nie nécessairement la signature qui le terminait; de l'autre, la signature n'existant plus, il est impossible de la vérifier par experts et par comparaison d'écritures.

» Il doit donc y avoir bien plus de difficulté à recevoir la preuve de la perte d'un acte sous seing-privé, que de celle d'un acte authentique. Et dans le fait, nous voyons que la coutume de Normandie, si justement qualifiée de *sage*, ne permettait, art. 528, la preuve

testimoniale de la perte d'un titre, qu'autant qu'il s'agissait de *contrats passés*, ou dont le seing aurait été *reconnu pardevant le tabellion*; disposition d'après laquelle un arrêt du parlement de Rouen, du 15 janvier 1672, rapporté par Basnage, infirma une sentence qui avait admis à faire preuve par témoins de l'existence et de la perte d'un contrat de mariage sous seing-privé.

» Mais si, en rejetant la preuve testimoniale de l'existence et de la perte du prétendu acte de Société, du mois de novembre 1792, l'arrêt attaqué n'a pas violé la première disposition de l'art. 3 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667, n'a-t-il pas du moins, en cela, contrevenu à la dernière disposition de ce même article, à celle qui permet la preuve testimoniale, *lorsqu'il y aura un commencement de preuve par écrit?* ...

» Cette question qui, au premier coup-d'œil, paraît extrêmement simple, est cependant très-compliquée, et elle en présente réellement quatre bien distinctes.

» 1° Le sieur Tort de la Sonde rapportait-il, devant la cour d'appel, des commencemens de preuve par écrit de la Société qu'il soutenait avoir existé entre lui et Michel Simons?

» 2° La cour d'appel a-t-elle pu juger que les commencemens de preuve par écrit rapportés par le sieur Tort de la Sonde, n'étaient pas assez graves pour le faire admettre à la preuve testimoniale?

» 3° Si elle a pu le juger, l'a-t-elle jugé en effet; ou n'a-t-elle pas simplement décidé que, même en supposant le sieur Tort de la Sonde porteur de commencemens de preuve par écrit, assez graves pour autoriser en général l'admission de la preuve par témoins, il ne pouvait pas encore être écouté, parcequ'il s'agissait d'une Société de commerce; et qu'en fait de Société de commerce, l'ordonnance de 1673 n'admet, comme preuve, que celle qui résulte du contrat de Société même?

» 4° Enfin, si c'est à ce dernier point qu'elle s'est réellement fixée, la cour d'appel a-t-elle fait une juste ou une fausse application de l'ordonnance de 1673?

» La première question n'est susceptible d'aucune difficulté, et elle se résoud, pour ainsi dire, d'elle-même en faveur du sieur Tort de la Sonde.

» Vous connaissez, messieurs, toutes les pièces que le sieur Tort de la Sonde a présentées à la cour d'appel; et, sans doute, vous vous êtes tous dit à vous-mêmes, qu'il n'est pas d'homme tant soit peu impartial qui puisse ne pas trouver dans ces pièces, sinon des preuves complètes, au moins de graves et puissans commencemens de preuves de la Société dont il s'agit.

» La seconde question n'est pas plus difficile à résoudre; mais ce n'est pas au sieur Tort de la Sonde que la solution en est favorable. Il est certain que les cours d'appel n'ont, dans l'appréciation des pièces qu'on leur présente comme des commencemens de preuves par écrit, d'autres règles à consulter et à suivre que leur propre conscience; et que, dans cette matière, comme en tout ce qui tient à de pures questions de fait, elles ont le droit d'errer impunément. Si donc la cour d'appel avait jugé que les pièces rapportées par le sieur Tort de la Sonde, n'étaient pas assez précises ou assez concordantes avec ses allégations, pour former un commencement de preuve par écrit, nous aurions sans doute à gémir de son erreur, mais son erreur serait irréparable.

» Est-il donc vrai que la cour d'appel ait jugé, en point de fait, qu'il ne résultait aucun commencement de preuve par écrit des pièces rapportées par le sieur Tort de la Sonde? C'est notre troisième question, et après y avoir long-temps réfléchi, la négative nous a paru incontestable.

» D'une part, quelle apparence que la cour d'appel se soit aveuglée au point de ne pas reconnaître dans ces différentes pièces, le caractère de commencement de preuve par écrit,

» Sinon, dans cette lettre du ministre des affaires étangères, du 26 mars 1792, qui charge le sieur Tort de la Sonde de faire rassembler, par ses amis, une assez grande quantité de subsistances en tout genre, en lui manifestant le désir qu'il trouve *dans l'intérêt qu'il aura dans l'entreprise qu'on lui confie*, la récompense des services qu'il rend depuis long-temps,

» Sinon, dans cette autre lettre du 13 mai suivant, dans laquelle, répondant au sieur Tort de la Sonde, qui avait présenté pour fournisseurs le sieur Stevens, *et les frères Simons*, le même ministre dit : Quant aux frères Simons, *ils me paraissent trop intéressés pour pouvoir espérer de traiter avec eux, à moins qu'ils ne consentent à diminuer de près de moitié les prix auxquels ils offrent de livrer la plupart des objets* qu'on vous demande, *principalement les grains, les armes et les fourrages;*

» Du moins dans le traité passé, sans doute, en conséquence de cette lettre, le 19 du même mois, entre le sieur Stevens, le sieur Henri Simons *et le sieur Michel Simons*, pour la fourniture de *soixante mille quintaux de foin, et quarante mille quintaux d'avoine;*

» Du moins dans les lettres de Michel Simons à Stevens, des 1er juin, 3 juillet et 22 octobre 1792, où, sous les dénominations de *sucre et café*, il parle des fournitures à faire dans la Belgique pour l'entretien des troupes françaises qui doivent y entrer;

» Sinon, dans cette lettre du général Dumouriez, du 21 septembre 1792, où il dit au sieur Tort de la Sonde : *Il est temps que vous veniez me joindre, afin de prendre les derniers arrangemens pour assurer les subsistances de l'armée; assurez-vous, avant de partir,* DES DISPOSITIONS DE SIMONS, *ou de tous autres que vous jugerez à propos* DE VOUS ASSOCIER; *n'oubliez pas de brider* VOS GÉRANS OU VOS ASSOCIÉS *par un contrat qui vous donne le droit de voir bien clair dans tous leurs comptes*,

» Du moins dans cette lettre du sieur Michel Simons, au sieur Tort de la Sonde, du 19 novembre 1792, où nous lisons : *Me voici à Péronne, d'où je vous envoie Richard pour savoir si vous voulez m'accompagner à Bruxelles : j'y suis demandé par mon frère,* POUR NOS AFFAIRES D'APPROVISIONNEMENT : *il serait très essentiel que vous puissiez être de la partie;*

» Du moins dans ce traité du 19 du même mois, entre Stevens, *Henri Simons*, ET MICHEL SIMONS, par lequel, renouvelant celui du 19 mai précédent, ils déclarent *que le gain à partager ne peut consister que dans les quatre dixièmes du premier bénéfice, puisque les* SIX DIXIÈMES *doivent être payés d'avance, d'après notre convention* ET OBLIGATIONS RÉCIPROQUES;

» Du moins dans cette signature apposée par *Michel Simons*, le 6 décembre 1792, au bas d'une pièce de comptabilité relative *à une livraison de mille trois cent soixante-huit sacs de farine, dans les magasins de l'armée;*

» Du moins dans ces lettres de Michel Simons à Stevens, des 7 et 11 du même mois, où le premier parle au second, EN VÉRITABLE ASSOCIÉ GÉRANT, *pour une entreprise générale des fournitures.*

» Non, quelques efforts qu'ait faits Michel Simons pour écarter plusieurs de ces pièces, quelques soins qu'il ait pris pour faire remarquer que plusieurs de ces pièces n'étaient relatives qu'à une fourniture de paille et d'avoine, il n'en est pas moins demeuré constant, par ces pièces même, notamment *par le traité du 19 novembre 1792, et par sa lettre du 7 décembre suivant*, que, dans les bénéfices de la fourniture des avoines, pailles et foins, SIX DIXIÈMES *étaient réservés à un tiers.*

Il n'en est pas moins demeuré constant *que ce tiers* NE POUVAIT ÊTRE *que le sieur Tort de la Sonde*, à qui les lettres du ministre des affaires étrangères et du général en chef avaient déféré LA TOTALITÉ DE L'ENTREPRISE, *avec la faculté de se choisir* TELS GÉRANS OU ASSOCIÉS *qu'il jugerait à propos.* Il n'en est pas moins demeuré constant que, si ce tiers n'eût pas été le sieur Tort de la Sonde, il faudrait arriver à cette conséquence absurde, que Henri Simons, qui déjà, par contrat du 4 du même mois, avait abandonné au sieur Tort de la Sonde *les cinq dixièmes des bénéfices à faire dans les fournitures*, aurait en outre cédé à un autre que lui *les six dixièmes des bénéfices à provenir du traité du* 19; de manière que, tout calcul fait, Henri Simons n'aurait rien retiré des bénéfices, que même *il aurait dû en faire valoir* LE DIXIÈME EN SUS, tant au sieur Tort de La Sonde, qu'au tiers inconnu : tandis cependant, qu'aux termes de ce traité même, il devait prendre personnellement part aux cinq dixièmes. Il n'en est pas moins demeuré constant que Michel Simons ne s'était pas renfermé dans la fourniture des foins, pailles et avoines, *et qu'il avait également pris une part personnelle* DANS LA FOURNITURE DES FARINES... Certes, on ne peut pas faire à la cour d'appel de Paris, l'injure de présumer qu'elle n'a pas vu dans tout cela *des commencemens de preuve par écrit*, pour ne pas dire *des preuves* INTÉGRALES ET PARFAITES *de l'association de Michel Simons avec Henri son frère*, et par conséquent, *avec le sieur Tort de la Sonde.*

» D'un autre côté, ce qui justifie complètement notre assertion, que *la cour d'appel n'a pas refusé à ces différentes pièces le caractère de commencement de preuve par écrit*, c'est que son arrêt est absolument muet, et sur ces différentes pièces et sur les inductions qu'on peut en tirer.

» Assurément, si la cour d'appel eût pensé que ces différentes pièces ne formaient pas un commencement de preuve par écrit, elle s'en serait expliquée, elle n'eût pas même pu ne pas s'en expliquer formellement : obligée par l'art. 15 du titre 5 de la loi du 24 août 1790, de motiver son arrêt, elle n'aurait pas pu, sans contrevenir à cette loi, se dispenser de déclarer qu'elle rejetait la preuve testimoniale admise par les premiers juges, parceque le sieur Tort de la Sonde ne rapportait pas de commencement de preuve par écrit suffisant pour la faire admettre.

» Et, dans le fait, l'arrêt de la cour d'appel n'est motivé que sur l'art. 1 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673 : ce qui, en d'autres ter-

mes, signifie que la cour d'appel ne s'est déterminée à rejeter la preuve testimoniale admise par les premiers juges, que parce qu'il lui a paru que, d'après cet article, rien ne pouvait remplacer l'acte d'association; que, pour prouver l'existence d'une Société on ne pouvait EN AUCUN CAS, recourir à une enquête; que, rapportât-on les commencemens de preuve par écrit *les plus forts et les plus imposans*, il ne pouvait y être pris aucun égard; qu'en un mot, à défaut de représentation d'un contrat de Société, *les tribunaux étaient* FORCÉS *de décider*, en fermant les yeux à toutes les autres espèces de preuve, *qu'il n'y avait pas eu d'association.*

» Sommes-nous d'ailleurs réduits, dans cette affaire, à argumenter, soit de ce qui est exprimé dans les motifs de l'arrêt, soit de ce qui y est omis? Ne trouvons nous pas, dans le dispositif même de cet arrêt, une preuve irrésistible que telle est effectivement la manière dont la cour d'appel a entendu et a expliqué l'art. 1 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673? Ne voyons-nous pas que, par le dispositif de cet arrêt, la cour d'appel *déclare* NUL le jugement du tribunal de commerce, du 16 prairial an 12, qui admet le sieur Tort de la Sonde à la preuve testimoniale, qu'il avait supplétivement offerte? Pourquoi, au lieu *de le réformer*, l'annulle-t elle purement et simplement? C'est évidemment comme si elle disait: Je n'ai pas à examiner si les pièces produites par le sieur Tort de la Sonde, comme formant des commencemens de preuve par écrit, en ont véritablement le caractère, et peuvent, en effet, être considérées comme tels; si j'entrais dans cet examen, je pourrais confirmer le jugement du tribunal de commerce, dans le cas où je verrais ces pièces du même œil que les premiers juges, comme je pourrais le réformer dans le cas contraire; mais cet examen est inutile, et je n'ai pas besoin d'y entrer: une seule chose me suffit: c'est que l'art 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1673 ne permet pas, même lorsqu'il existe des commencemens de preuve par écrit, de recevoir la preuve par témoins d'une Société générale ou en commandite; c'est que, de cet article, il suit, à mes yeux, que le tribunal de commerce a transgressé ses pouvoirs en admettant la preuve par témoins, sur le fondement réel ou supposé, que le sieur Tort de la Sonde produisait des commencemens de preuve par écrit; c'est, par conséquent, que le jugement du tribunal de commerce est frappé de nullité par la loi elle même.

» Mais ici se présente la quatrième question que nous avons posée. En jugeant, d'après l'art. 1 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, que le sieur Tort de la Sonde ne pouvait pas, même à l'aide d'un commencement de preuve par écrit, suppléer, par la preuve testimoniale, au contrat de Société qu'il ne représentait pas, la cour d'appel a-t-elle fait une juste application de cet article, ou l'a-t-elle appliqué à faux »?

» Pour établir qu'elle en a fait une fausse application, le sieur Tort de la Sonde vient d'abord vous dire que, dans cette partie de l'ordonnance de 1673, il n'est question que de la Société générale et de la Société en commandite; que telle n'est point la nature de la Société qui a existé entre lui et les frères Simons; que cette Société était du nombre de celles qui sont connues dans le commerce sous le nom de *Sociétés anonymes*, ou *Sociétés de participation*; et que l'usage a constamment permis la preuve par témoins de ces sortes de Sociétés.

» Mais toutes ces assertions sont-elles bien exactes? Que signifient, dans l'art. 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, les mots *Toute Société générale ou en commandite*? L'ordonnance entend-elle, par *Société générale*; celle qui embrasse toutes les affaires de chacun des associés? Non; il y a très-peu de Sociétés générales dans ce sens; et cependant il est certain que l'ordonnance est applicable, il est notoire que, tous les jours, dans les tribunaux de commerce, on l'applique, à des Sociétés qui ont un objet beaucoup plus restreint, à celles, par exemple, qui se contractent pour la recherche ou l'exploitation d'une mine, pour la construction d'une forge, pour l'armement d'un vaisseau. C'est donc mal raisonner que de dire, comme le fait le sieur Tort de la Sonde: *La Société que je soutiens avoir contractée avec Michel Simons, n'avait été formée que pour l'approvisionnement d'une armée, pendant un temps convenu; elle n'était donc pas* générale, *elle n'était donc pas sujette à la disposition de l'ordonnance.* Avec un pareil système, il n'est presque point de Société dont on ne parvint à faire la preuve par témoins.

» Il faut donc reconnaître, avec tous les commentateurs, que, par *Société générale*, l'ordonnance entend celle qui a lieu entre deux ou plusieurs personnes réunies ostensiblement pour faire valoir en commun, ou leur argent, ou leur industrie, ou l'un et l'autre à la fois, et dont tous les actes se passent sous les noms de ces personnes exprimées chacune en particulier, ou collectivement par la formule *un tel et compagnie.*

» Cela posé, on aperçoit tout de suite quel

est, dans l'ordonnance de 1673, le sens des mots *Société en commandite*. Bien évidemment, *la Société en commandite* est, dans cette loi, mise en opposition avec la *Société générale*. La Société en commandite est donc ce que la Société générale n'est pas ; on doit donc réputer *Société en commandite*, celle qui a lieu entre deux ou plusieurs personnes réunies secrètement pour une opération industrielle ou commerciale, et dont tous les actes se passent sous le seul nom de celle de ces personnes qui se livre publiquement à cette opération. Mais de-là il suit qu'entre la Société en commandite et la Société anonyme, il n'existe aucune différence réelle.

» Nous savons que Savary, Jousse et Pothier les distinguent l'une d'avec l'autre, mais comment les distinguent-ils ? Comme le genre d'avec l'espèce : car de tout ce qu'ils disent à ce sujet, il résulte clairement que la Société anonyme est à la Société en commandite, ce que l'espèce est au genre.

» Ainsi, il y a Société en commandite entre deux personnes qui entreprennent en commun des opérations auxquelles ils n'attachent ostensiblement aucun titre social; et cette Société prend le caractère d'*anonyme*, si chacun d'eux se livre ostensiblement à une branche de ces deux opérations, pour en rapporter les profits et les pertes dans la masse commune.

» Ainsi, que deux particuliers s'associent secrètement pour fournir à une armée tous les bestiaux nécessaires à son approvisionnement; que l'un d'eux avance à cet effet son argent, et que l'autre y mette ses soins en achetant et revendant les bestiaux : il y aura entre eux, par cela seul, *Société en commandite*. Mais, que tous deux se mêlent, chacun de son côté, d'acheter et de revendre les bestiaux dont l'armée a besoin, sauf ensuite à se rendre respectivement compte de leurs achats et de leurs reventes : quelle Société existera-t-il entre eux? Une Société anonyme sans doute; mais cette Société, en prenant le caractère d'anonyme, ne perdra pas pour cela le caractère de Société en commandite : c'est même parce qu'elle sera Société en commandite, par l'effet du voile qui la dérobe aux yeux du public qu'elle deviendra Société anonyme.

» L'ordonnance de 1673 n'est donc pas aussi étrangère que le prétend le sieur Tort de la Sonde, à l'espèce de Société qu'il appelle *anonyme* ou de *participation*. Cette espèce de Société est évidemment comprise, dans cette loi, sous les mots Société en commandite; et dès-là, nul doute qu'elle ne soit, aussi bien que la Société générale, soumise à la disposition qui veut que toute Société de commerce soit rédigée par écrit.

» Qu'importe que Jousse ait dit que la Société anonyme se contracte le plus souvent de vive voix et sans écrit. Jousse n'a pas ajouté qu'en cas de dénégation, elle peut être prouvée par témoins ; il a seulement remarqué que la bonne foi du commerce fait qu'ordinairement les marchands qui l'ont contractée, ne la désavouent pas.

» Au surplus, le texte de l'ordonnance est là : il est clair, il est précis, il n'admet aucune exception ; il s'applique donc à la Société anonyme comme à la Société générale; il s'applique donc à la Société que Tort de la Sonde soutient avoir existé entre lui et Michel Simons.

» Mais est-ce à dire pour cela que la cour d'appel de Paris n'ait pas erré, lorsque, de ce texte même elle a tiré la conséquence que le sieur Tort de la Sonde était non-recevable, faute de représenter le titre constitutif de la Société qu'il articulait.

» Ce texte dit bien que toute Société générale ou en commandite sera rédigée par écrit; mais ajoute-t-il que *l'acte contenant la rédaction d'une Société générale ou en commandite, pourra* SEUL *être admis pour preuve de l'existence de cette Société* ? Ajoute-t-il que *nulle autre espèce de preuve écrite ne sera admise en cette matière* ? Non : il ajoute seulement qu'*il ne sera reçu aucune preuve par témoins, contre et outre le contenu en l'acte de Société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors, ou depuis l'acte, encore qu'il s'agit d'une somme ou valeur moindre de* 100 *livres*.

» L'art. 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1673 n'a donc, en ordonnant la rédaction des Sociétés par écrit, qu'un seul objet : c'est d'empêcher qu'on ne prouve des Sociétés par témoins. Il ne s'oppose donc pas à ce que l'on constate les Sociétés par des preuves autres que celles qui consisteraient uniquement dans des enquêtes ; et si nous voulons nous en convaincre d'une manière sans réplique, nous n'avons qu'à le mettre en regard avec l'art. 2 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667.

» *De toutes choses excédant la somme ou valeur de* 100 *livres, il sera passé acte devant notaire, ou sous signatures privées ; et ne sera reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait dit avoir été allégué, avant, lors, ou depuis les actes ; encore qu'il s'agit d'une somme ou valeur moindre de* 100 *li-*

vres. Ainsi dispose l'ordonnance de 1667, tit. 20, art. 2.

» *Toute Société générale ou en commandite sera rédigée par écrit, ou pardevant notaire, ou sous signatures privées, et ne sera reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu en l'acte de Société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors, ou depuis l'acte, encore qu'il s'agit d'une somme ou valeur moindre de 100 livres.* Ce sont, comme vous le savez, les termes de l'art. 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1673.

» Voilà donc deux dispositions absolument parallèles, et parfaitement conformes l'une à l'autre.

» Eh bien! A-t-on jamais conclu de la première, qu'un contrat de vente, qu'un bail, qu'un mandat, qu'un prêt d'argent, ne pouvaient être prouvés que par la représentation du titre constitutif, soit du prêt, soit du mandat, soit du bail, soit de la vente? A-t-on jamais conclu de là, qu'une vente, qu'un bail, qu'un mandat, qu'un prêt d'argent, ne peuvent pas être prouvés par des lettres missives, par des aveux judiciaires, par toute espèce de preuve qui n'est pas purement testimoniale?

» Et si l'on est forcé de convenir que la première se refuse à des conséquences aussi absurdes, si l'on est force de convenir que ce serait faire de la première l'application la plus fausse, que d'en induire une doctrine aussi déraisonnable, comment pourrait-on ne pas convenir, en même temps, que la seconde s'oppose à ce qu'on regarde le titre constitutif de la Société comme L'UNIQUE PREUVE *qui soit admissible pour prouver l'existence de la Société même* Comment pourrait-on ne pas convenir, en même temps, que c'est appliquer faussement la seconde, que d'en faire sortir une prohibition d'admettre, pour constater l'existence d'une Société, des preuves autres que son titre constitutif, mais non testimoniales?

» Au surplus, messieurs, votre jurisprudence est bien fixée sur ce point non moins simple qu'important.

» Le 22 messidor an 9, au rapport de M. Audier, et sur nos conclusions, vous avez rejeté la demande en cassation d'un jugement du tribunal civil du département du Lot, par lequel il avait été jugé qu'une Société avait existé entre une veuve Lenormand et son fils, sans que le titre de la Société eût été produit, et d'après des actes émanés des associés eux-mêmes, à l'appui desquels venaient encore des jugemens rendus pour et contre eux, sous leur raison sociale.

» Le 13 vendémiaire an 10, au rapport de M. Liborel, vous avez rejeté la demande des héritiers Lebret, en cassation d'un arrêt de la cour d'appel de Toulouse, qui avait déclaré leur père associé du sieur Bauny, quoique le contrat de Société n'eût pas été représenté; et vous en avez motivé le rejet sur ce que le jugement attaqué avait décidé que la Société dont il s'agissait, était suffisamment établie par les actes qui avaient été produits par les parties, et que ce n'était que vis-à-vis des tiers que l'art. 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1673 exige que toute Société soit rédigée par écrit.

» Le 28 germinal an 12, au rapport de M. Delacoste, et sur nos conclusions, la section des requêtes a rejeté la demande en cassation d'un arrêt de la cour d'appel de Limoges, qui, sans représentation d'un contrat de Société, et d'après des preuves écrites de l'existence de ce contrat, avait déclaré François Billaud associé de Pierre Allouche, son neveu: elle l'a rejeté, *attendu que la société étant prouvée par des écrits émanés de Billaud lui-même, la cour d'appel de Limoges n'avait pu ni violer ni faussement appliquer l'art. 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1673* (1).

» Vainement dira-t-on que, dans notre espèce, ce n'était pas sur des preuves écrites, mais seulement sur des commencemens de preuve par écrit, que le sieur Tort de la Sonde fondait sa réclamation.

» D'une part, la cour d'appel de Paris n'a point jugé que les pièces rapportées par Tort de la Sonde, n'eussent pas le caractère de preuves écrites; et il faudrait qu'elle l'eût jugé formellement, pour que l'on pût, de cette circonstance, inférer, entre notre espèce et celle de vos trois arrêts cités, une différence qui méritât quelque considération. On conçoit d'ailleurs très-bien pourquoi la cour d'appel ne s'est pas attachée à juger ce point: c'est qu'il eût été impossible de ne pas trouver, dans le rapprochement de quelques-unes des pièces dont il s'agit, la preuve la plus décisive que Michel Simons avait été l'associé de son frère, dans toutes les fournitures que celui-ci avait faites, par suite de son traité du 4 novembre 1792, avec Tort de la Sonde.

» D'un autre côté, il a toujours été de principe que, quelque générales, quelque absolues que soient les lois prohibitives de la preuve testimoniale, *leur disposition cesse* dans tous

(1) V. Mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Société*, §. 1 et 2.

les cas *où il y a des commencemens de preuve par écrit.*

» On le jugeait ainsi, sans difficulté, avant que l'art. 3 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667 eût consacré ce principe, et dans les temps où l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins défendait purement et simplement la preuve par témoins dans toutes les matières excédant cent livres. *Cette preuve par témoins*, dit Basset (tome 1er, liv. 2, tit. 28 chap. 6), doit être permise, *nonobstant cet art.* 54, QUAND IL Y A QUELQUES COMMENCEMENS DE PREUVE PAR ÉCRIT ; *car, en ce cas, la preuve par témoins est censée permise, et faite seulement* POUR FORTIFIER CETTE ÉCRITURE. *Jugé par arrêt du parlement de Grenoble, au rapport de M. Martinet, le 6 décembre 1641, entre Pierre Stezet, et Pierre de Chabrières.* Boniface, tome 1er, liv. 8, tit. 27, chap. 6, dit également : *Encore que, par l'ordonnance de Moulins, on ne soit pas recevable à prouver par témoins un fait,* CONTRE LA TENEUR D'UN CONTRAT *public, néanmoins si le demandeur a* UNE DEMI-PREUVE, UN COMMENCEMENT DE PREUVE PAR ÉCRIT, *il y est reçu.... Arrêt donné à l'audience du parlement d'Aix, du 18 novembre 1638, au profit de Rabelin, fermier de la dame de Barbantane, par lequel il fut admis à vérifier par témoins une décharge de 700 livres de rente par an, sur le fondement* D'UNE DEMI-PREUVE QU'IL AVAIT PAR ÉCRIT. Et plus bas, chap. 23, le même auteur rapporte un autre arrêt de la même cour, du 4 février 1666, qui décide que la preuve par témoins, de simulation d'un contrat, est reçue, *quand il y a demi-preuve par écrit,* ou PRÉSOMPTION VIOLENTE.

» Raviot, sur Perrier, tome 2, page 575, nous en retrace un semblable rendu au parlement de Dijon, le 8 mars 1667, c'est-à-dire à une époque où n'était pas encore publiée, ni même achevée, l'ordonnance du mois d'avril de la même année.

» Parcil arrêt du parlement de Douai, le 23 février 1695, au sujet de l'art. 19 de l'édit perpétuel de 1611. Il est rapporté par Desjaunaux, tome 1, §. 55, et par Pollet, part. 36, comme ayant jugé, ces deux magistrats présens, *que la disposition de l'édit perpétuel n'empêche pas que l'on ne puisse faire entendre des témoins*, lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit.

» Ces arrêts n'ont fait, au surplus, que sanctionner la doctrine de Mornac, sur la loi 9, §. *quoniam*, D *de rebus creditis*. Après avoir cité l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins, sous l'empire de laquelle il écrivait, cet auteur ajoute : *Prohibitam non esse edicto regio probationem per testes, in summâ quæ centum libras superet*, SI VEL TANTILLUM *scripto cui fides habeatur, de re controversâ constiterit : cùm summum illud jus invectum sit in mores Gallicos ob testium facilitatem longè frequentiorem, quàm tulerint uñquàm fæcunda olim culpæ sæcula. Ità ut nuda rejiciantur testimonia, non autem si in partem consignata sit in scriptis quibuscunque legitimis probatio.*

» Et plus récemment, quoique toujours sous l'empire de l'ordonnance de Moulins, Ricard disait, dans son *Traité des Donations*, part. 1, nº 164 : *par notre usage, autorisé des arrêts de la cour* (du parlement de Paris), l'ordonnance reçoit une exception lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit.

» Qu'on dise donc, tant qu'on voudra, que l'art. 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1673 prohibe purement et simplement la preuve par témoins de toute Société générale ou en commandite. Oui, il la prohibe purement et simplement ; mais, dans quel cas la prohibe-t-il? C'est dans celui où la preuve par témoins est purement et simplement offerte ; dans celui où elle se présente absolument isolée ; mais non pas dans celui où elle est précédée de commencement de preuve par écrit; mais non pas dans celui où l'ordonnance de 1667, à laquelle ne déroge certainement pas celle de 1673, déclare, titre 20, art. 3, qu'il peut y avoir lieu à ce genre de preuves.

» Nous disons que l'art. 1 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673 ne déroge pas à l'art. 3 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667 ; et en effet, il est de principe que les dispositions des lois antérieures, non contraires aux lois postérieures, sont censées se retrouver dans celles-ci, et doivent y être sous-entendues. *Posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariæ sint*, dit la loi 28, D. *de legibus*.

» Or, la disposition de l'art. 3 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667, qui veut que la preuve par témoins, dans les matières où elle est défendue par l'art. 2 de la même loi, et conséquemment dans les Sociétés dont l'objet est au-dessus de 100 livres, soit admise à l'aide d'un commencement de preuve par écrit, n'est assurément pas contraire à la disposition par laquelle l'art. 1 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673 veut que les Sociétés ne puissent pas être prouvées par témoins. Il faut donc nécessairement adapter à l'art. 1 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, l'exception que l'ordonnance de 1667, tit. 20, met, par son art. 3, à son art. 2.

» C'est au surplus, dans ce sens, que la question a été jugée par un arrêt du parlement de Dijon, du 29 novembre 1694. Il s'agissait de savoir s'il y avait eu Société entre deux

marchands pour un achat de vins : celle des deux parties qui niait l'association, avait reconnu en justice que l'achat avait été fait par elle, conjointement avec son adversaire ; mais elle prétendait que, par cet aveu, elle avait seulement voulu dire que son adversaire avait été présent à l'achat, et qu'il y était intervenu comme son courtier. Il était appelant de la sentence qui contenait cet aveu, et il prétendait qu'elle l'avait rédigé en termes équivoques et contraires à son intention. Du reste, *il n'existait point d'acte de Société.* Qu'a fait le parlement de Dijon ? Il a considéré l'aveu de l'appellant comme un commencement de preuve par écrit ; et il a admis l'intimé à prouver *par témoins « qu'il avait acheté conjointement et par moitié profit et perte, les vins en question.* L'arrêt est rapporté par Raviot sur Perrier, tome 2, page 571.

» Mais si l'art. 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1673 ne s'oppose pas à la preuve par témoins de l'existence d'une Société dont on rapporte déjà des commencemens de preuve par écrit, comment peut-on se flatter de justifier l'arrêt que vous dénonce le sieur Tort de la Sonde ? Cet arrêt a-t-il jugé que les pièces produites par le sieur Tort de la Sonde, ne pouvaient pas former de commencement de preuve par écrit ? Non, il n'est pas entré dans cet examen. Il a considéré, en thèse générale, non-seulement les commencemens de preuves par écrit, mais même les preuves littérales au complément desquelles il ne manquerait rien, comme incapables de remplacer le titre constitutif de la Société. Il a décidé que l'absence de ce titre constitutif ne pouvait être remplacé par aucune autre espèce de preuve par écrit. Il a conséquemment appliqué à faux l'art. 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1673 ; il a conséquemment violé l'art. 3 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667.

» Mais, a dit la cour d'appel de Paris, il est constant, par l'acte de Société du 4 novembre 1792, qu'il n'y avait de Société qu'entre Tort de la Sonde et Henri Simons, acte fait double entre eux deux seulement, acte dans lequel Michel Simons n'est désigné que comme banquier et caution, acte qui, par conséquent, forme, aux termes de l'ordonnance de 1673, un obstacle invincible à ce qu'aucune preuve par témoins soit admise, soit contre, soit outre son contenu, soit sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, pendant, ou depuis sa rédaction.

» A cela deux réponses.

» 1° Si le sieur Tort de la Sonde entreprenait de prouver par témoins, contre Henri Simons, que, lors du traité du 4 novembre 1792, il lui a été attribué plus de la moitié des bénéfices que celui-ci devait retirer des fournitures, on conçoit très-bien comment il pourrait trouver, dans ce traité, un obstacle au succès de ses prétentions. Mais que le texte de ce traité puisse l'empêcher de prouver qu'une convention semblable à celle qu'il renferme, a été formée, avant ou depuis, entre lui et Michel Simons, c'est ce qui ne se conçoit pas. Ce traité est pour Michel Simons, *res inter alios acta.* Il ne prouverait rien contre lui ; il ne peut donc rien prouver en sa faveur ; et il le peut d'autant moins, que bien sûrement il n'implique pas qu'avant ou depuis le traité fait avec Henri, le 4 novembre 1792, le sieur Tort de La Sonde en ait fait un du même genre avec Michel.

» 2° Quand même Michel Simons pourrait se prévaloir du traité du 4 novembre 1792, quand même il pourrait l'invoquer comme une preuve littérale qu'il n'y a eu de Société contractée à cette époque et depuis, qu'entre son frère et Tort de la Sonde, s'ensuivrait-il de là que Tort de la Sonde ne pourrait pas détruire cette preuve littérale par une preuve contraire de la même nature ? Eh ! Ne voyons-nous pas, tous les jours, opposer à un contrat, même notarié, une contre-lettre qui y déroge, qui y ajoute, qui le modifie, qui le change, qui l'anéantit totalement ? Mais si Tort de la Sonde peut détruire la prétendue preuve littérale de Michel Simons par une autre preuve littérale, pourquoi ne le pourrait-il pas également par une preuve testimoniale, précédée, accompagnée, soutenue d'un commencement de preuve par écrit ? Certes, il n'en est empêché, ni par l'ordonnance de 1667 ni par l'ordonnance de 1673. Ces deux lois ne lui défendent que d'opposer une preuve purement testimoniale, soit à la teneur, soit au silence de l'acte de Société ; et la première, l'ordonnance de 1667, déclare expressément que cette défense n'a pas lieu, *lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit.*

» Car il ne faut pas s'y tromper : ce n'est pas seulement à la défense d'admettre la preuve testimoniale, de toute convention dont l'objet excède 100 livres, que s'applique l'exception écrite dans l'art. 3 du tit. 20 de cette ordonnance : elle s'applique aussi à la défense d'admettre la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes. Placé immédiatement à la suite de l'art. 2, qui prononce l'une et l'autre défense, l'art. 3 le modifie évidemment dans toutes ses parties. L'art. 2 renferme deux dispositions, et l'art. 3 en excepte le cas où il y a commencement de preuve par écrit. L'art. 3 veut donc que,

dans le cas où il y a commencement de preuve par écrit, la preuve testimoniale soit reçue, nonobstant les deux dispositions de l'art. 2; il veut donc que, dans le cas où il y a un commencement de preuve par écrit, la preuve testimoniale soit reçue, non-seulement à défaut de convention écrite, mais encore lorsqu'il existe un écrit qui contrarie ou excède les faits dont la preuve testimoniale est offerte. Aussi nos livres sont-ils remplis d'arrêts qui, dans ce cas, ont, sans difficulté, admis la preuve par témoins, tant contre que outre les clauses des contrats. Nous en avons déjà cité deux du parlement d'Aix, des 18 novembre 1638 et 4 février 1666; et il serait aussi aisé qu'inutile d'en citer un grand nombre d'autres.

» Mais, objecte le sieur Michel Simons, quelle confiance la cour d'appel pouvait-elle accorder au sieur Tort de la Sonde, lorsqu'elle l'a vu constamment mettre en fait que j'avais signé, conjointement avec mon frère, l'acte de Société du 4 novembre 1792, et que, vérification faite de cet acte, il s'est trouvé que mon frère l'avait signé seul? N'a-t-elle pas dû, d'après cela seul, repousser toutes ses allégations? N'a-t-elle pas dû rejeter la preuve par témoins, à laquelle il avait été admis par le tribunal de commerce?

» A cette objection, que l'on peut regarder comme l'extrait de ce qu'il y a de plus spécieux dans la défense de Michel Simons, il se présente une réponse bien simple, et la voici :

» Si la cour d'appel avait pris pour base de son arrêt la prétendue contradiction que l'on cherche à faire valoir entre les dires du sieur Tort de la Sonde et l'acte du 4 novembre 1792, elle aurait certainement mal jugé; car jamais le sieur Tort de la Sonde n'a articulé positivement que l'acte matériel du 4 novembre 1792, ait été signé le même jour par Michel Simons; il a seulement dit qu'un contrat de Société avait été passé entre lui et les frères Simons, EN NOVEMBRE 1792. Et vous sentez, messieurs, quelle différence il y a entre l'une et l'autre assertions. Que Michel Simons ait signé, *le* 19 *novembre* 1792, le contrat que son frère Henri avait signé le 4, très-certainement il sera vrai de dire, *que c'est au mois de novembre* 1792 qu'a été passé le contrat de Société, et qu'il a été souscrit *au mois de novembre* 1792, *par Michel Simons*. Michel Simons ne l'aura pas signé le même jour que Henri, mais il l'aura signé dans le courant du même mois; et il n'y aura, dès-lors, aucune ombre de contradiction entre la teneur de l'acte matériel du 4 novembre, et la prétention du sieur Tort de la Sonde, *que Michel Simons avait adopté, et s'était rendu propre, en novembre* 1792, *l'engagement constaté par cet acte.*

» La cour d'appel n'aurait donc pas pu raisonnablement argumenter comme l'a fait à votre audience le sieur Michel Simons.

» Mais enfin, si elle eût argumenté de cette manière, nous n'aurions rien à dire : elle aurait mal jugé, et elle aurait pu juger mal, sans exposer son arrêt à la cassation.

» Quelle induction a-t-elle donc tirée de la prétendue contrariété que l'on soutient exister entre l'acte du 4 novembre 1792, et le dire de Tort de la Sonde? aucune. Elle ne s'est pas plus occupée des dires de Tort de la Sonde, que des pièces qu'il présentait comme formant au moins des commencemens de preuves par écrit; elle s'est renfermée dans une simple question de droit : et cette question, elle l'a résolue, sans faire attention aux circonstances que les deux parties s'opposaient réciproquement.

» Concluons donc que, si la cour d'appel n'a pas violé la première disposition de l'art. 3 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667, en n'admettant pas la preuve purement testimoniale du fait, *que l'acte de Société prétendu passé entre Tort de la Sonde et Michel Simons, avait été enlevé par ordre du gouvernement autrichien*, elle a du moins violé la troisième disposition du même article, en décidant que des pièces rapportées comme commencement de preuve par écrit, *et qu'elle n'a pas jugées n'en avoir pas le caractère*, ne devaient pas faire admettre la preuve testimoniale et supplétive de l'existence de cet acte; et que, *si elle n'a* pas violé l'art. 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, en jugeant que la Société anonyme était assujétie à la disposition de cet article, elle l'a du moins applique à faux, en jugeant qu'il n'admettait, pour preuve d'une Société, que le titre constitutif de l'association, en jugeant qu'il rejetait toute autre preuve de Société que ce titre, en jugeant qu'il ne pouvait être suppléé à ce titre par une preuve testimoniale, aidée d'un commencement de preuve par écrit.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de casser et annuler l'arrêt qui vous est dénoncé ».

Par arrêt du 16 avril 1806, au rapport de M. Ruperou,

« Vu l'art. 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1973; les art. 2 et 3 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667;

» Considérant que, de la combinaison de l'art. 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1673

avec les art. 2 et 3 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667, il résulte que le but unique du législateur a été de proscrire la preuve testimoniale qui serait offerte seule pour constater l'existence d'une Société, ou d'une obligation, lorsqu'il s'agit d'une somme ou valeur excédant cent livres, ou de quelque modification des conventions écrites dans les actes;

» Mais que, loin que le législateur ait établi, dans aucun des articles cités, que la preuve ne pourrait être faite que par la représentation même de l'acte écrit contenant la Société, l'obligation ou la modification de la convention, il a, au contraire formellement déclaré, par le dernier de ces articles, qu'il n'entendait pas exclure la preuve testimoniale, lorsqu'il y aurait un commencement de preuve par écrit;

» Qu'ainsi, en jugeant, en point de droit, qu'une Société ne pouvait être prouvée que par la représentation de l'acte écrit qui la constitue, et que la preuve par témoins ne pouvait être admise, quels que fussent les commencemens de preuve par écrit, la cour d'appel de Paris a fait une fausse application de l'art. 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, et violé l'art. 3 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667;

» Que, par suite, elle a commis un excès de pouvoir, en annulant les jugemens du tribunal de commerce, des 16 et 19 prairial an 12, qui avaient admis la preuve testimoniale, sur le fondement des commencemens de preuve par écrit, lorsqu'elle ne pouvait que confirmer ou infirmer ces jugemens, selon qu'il lui eût paru qu'il y avait ou qu'il n'y avait pas commencement de preuve par écrit suffisant pour admettre la preuve par témoins, ou que l'existence de la Société était ou n'était pas définitivement prouvée;

» Par ces considérations, la cour, après en avoir délibéré en la chambre du conseil, casse et annulle l'arrêt de la cour d'appel de Paris, du 12 pluviôse an 13.... ».

III. Du principe consacré par cet arrêt, que, sous l'ordonnance de 1673, il n'était pas de l'essence du contrat de Société de commerce, que la rédaction en fût faite par écrit, sort naturellement, et même *à fortiori*, la conséquence qu'il pouvait être suppléé à un acte de Société par les reconnaissances des parties et par toute espèce de preuve qui n'était pas prohibée.

C'est en effet ce qu'ont jugé les trois arrêts de la cour de cassation, de l'an 9, de l'an 10 et de l'an 12, qui sont cités dans le plaidoyer que je viens de transcrire; en voici un quatrième qui juge encore la même chose.

Une Société en commandite, par actions, avait été formée pour l'exploitation de l'aciérie de...., entre le sieur C.... de C...., propriétaire de cet établissement, le sieur L...., le sieur L.... F...., et d'autres particuliers.

Cette Société ayant été dissoute, le sieur L.... acheta l'aciérie du sieur C.... de C...., par contrat du 28 thermidor an 11. Il paraît qu'il avait été porté à faire cette acquisition, par la promesse que lui avait faite le sieur L... F... d'y conserver douze actions de 3,000 francs chacune.

Effectivement, le sieur L.... F.... versa entre les mains du sieur D...., caissier de l'aciérie, une somme de 36,000 francs; et le sieur L.... lui en fournit la reconnaissance par une lettre du 7 vendémiaire an 12, ainsi conçue: « M. D.... m'a fait part du versement que » vous avez fait dans ses mains, tant par com» pensation des sommes que vous aviez précé» demment fournies à M. de C...., qu'en es» pèces, d'une somme de 36,000 francs, pour » prix des douze actions que vous avez prises » dans l'aciérie de S...., que j'ai acquise de » M. de C.... Je vous fournirai incessamment » les titres de ces douze actions, dont le prix » est par vous soldé au moyen dudit verse» ment, et dont je vous passe décharge par la » présente. La rédaction des clauses desdites » actions a été momentanément retardée par » les causes particulières dont vous a parlé » M. D....; mais elle va, sous peu de jours, » être livrée à l'impression. Je n'attends plus, » pour le faire, que la remise de la vignette en » bois portant l'empreinte de la médaille d'or » obtenue par l'aciérie, et que l'ancien impri» meur de cet établissement n'a pas encore » rendue ».

Le 27 du même mois, le sieur L.... F...., écrivant au sieur L...., sur un objet étranger à cette affaire, terminait sa lettre par cette phrase: *Notre aciérie va-t-elle bien? Êtes-vous content des ouvriers et de l'ouvrage?*

Au commencement de l'année suivante, le compte de la première année de l'administration ayant été rédigé, le projet en fut remis au sieur L.... F...., pour qu'il y fît ses observations en sa qualité de co-intéressé.

Dans une lettre du 13 pluviôse an 13, le sieur L.... F.... écrivait au sieur L....: « J'ai prévenu M. D.... que des besoins de fonds, nécessités par l'acquisition de ma terre du B...., m'avaient déterminé à vous donner *un* AUTRE *associé commanditaire que* MOI ».

Dans une autre lettre, du 28 thermidor de la même année, discutant, non sur l'existence de son association, mais sur l'espèce de cette association, qu'il supposait contestée par le

sieur L...., il lui disait : *Je n'ai jamais entendu acquérir, mais bien être actionnaire en commandite* ».

Après avoir ainsi, pendant plus de deux ans, reconnu par des écrits et des versemens de fonds, sa qualité d'associé, le sieur L.... F.... a cru pouvoir la nier, et le 20 brumaire an 14, il a cité le sieur L.... devant le tribunal civil de l'arrondissement de...., pour le faire condamner à lui rendre *la somme de* 36,000 *francs, qu'il lui devait.*

Le sieur L.... a soutenu ne devoir autre chose au sieur L.... F...., que le titre définitif de ses actions, dont la délivrance avait été suspendue de commun accord; et il lui en a fait l'offre.

Le 30 janvier 1806, il est intervenu, sur cette contestation, un jugement dont voici les termes :

« Y a-t-il lieu à condamner le défendeur (M. L....) à payer au demandeur (M. L.... F....) la somme de 36,000 francs par lui réclamée, avec intérêts; ou, au contraire, de donner acte au défendeur, des offres par lui faites de délivrer les titres des actions dont il s'agit, et à ordonner qu'il sera tenu de les réaliser dans le mois?

» Considérant 1° qu'il résulte de la correspondance du demandeur avec le défendeur, et de l'aveu des parties, qu'il a existé une première association entre eux et le sieur C.... de C...., propriétaire alors de l'aciérie de S.... ; que des motifs indifférens aujourd'hui ont déterminé le demandeur et le défendeur à rompre cette association; que M. L.... F.... a engagé M. L.... à acquérir la totalité de l'usine, avec l'offre par lui L.... F.... de rester associé, pour une portion quelconque, dans cette entreprise; que, par son billet du 6 thermidor an 11, écrit au sieur D...., fondé de pouvoir de M. L...., L.... F.... convient lui-même qu'il devait mettre 24 à 25,000 francs dans la Société; que M. L.... l'avait déterminé à aller jusqu'à 30,000 francs pour dix actions; que, sur une nouvelle demande de M. L...., il consentit à prendre douze actions pour 36,000 francs; que c'est dans cet état de choses que le défendeur a acquis l'aciérie de S... du sieur C.... de C.... ; que la correspondance qui a eu lieu, depuis cette acquisition, entre les parties, établit que le demandeur a versé depuis, dans la caisse de cet établissement, le complétement du fonds de ses douze actions; que le défendeur, en lui annonçant, par sa lettre du 7 vendémiaire an 12, qu'il est crédité de la somme de 36,000 francs pour ces douze actions, s'engage de lui fournir incessamment les titres de ses douze actions; que l'émission n'en a été retardée que par des causes dont le demandeur n'est pas disconvenu avoir connaissance; que, depuis, M. L.... F.... s'est réellement regardé comme associé dans cette entreprise; que, par sa lettre à M. L...., du 27 du même mois, il s'exprime en ces termes : *Notre aciérie va-t-elle bien? Êtes-vous content des ouvriers et de l'ouvrage?* Que, dans une autre lettre du 27 thermidor an 13, à une époque où les parties commençaient à se diviser, M. L.... F...., en rejetant la qualité d'acquéreur en commun de l'aciérie de S..., qu'il paraît que M. L.... lui avait donnée, lui déclare *qu'il n'a jamais entendu être que simple actionnaire en commandite;* que, dans cet intervalle, le compte de la première année de la gestion de cette usine a été remis par le défendeur au demandeur; que ce dernier est convenu à l'audience que ce compte est encore entre ses mains ou dans celles de ses *conseils;* que tout concourt donc à établir incontestablement qu'il existe une Société en commandite entre les parties; que le demandeur a versé dans cette Société une somme de 36,000 francs, non pas à titre de simple prêt, mais pour le fonds de douze actions, à raison de 3,000 francs chacune; lesquelles actions le défendeur s'est engagé à lui fournir incessamment; Que le demandeur s'est livré, à cet égard, à la foi du défendeur; qu'il s'est contenté du titre provisoire qu'il a entre ses mains; qu'il n'a jamais mis le défendeur en demeure de réaliser les actions promises, et que celui-ci offre de remplir ses engagemens à cet égard;

» 2° Que, quoiqu'il soit de principe en général, que toute Société, même en commandite, doit être rédigée par écrit, l'usage dans tous les tribunaux n'est point d'en prononcer la nullité par le défaut de cette formalité, soit vis-à-vis des associés, soit même vis-à-vis de leurs créanciers, quand la Société est d'ailleurs prouvée par lettres ou par des actes passés entre les parties; que, dans l'espèce, tout concourt à prouver la Société qui existe entre le demandeur et le défendeur, et les bases sur lesquelles cette Société repose;

» 3° Que, s'il est également de principe qu'une obligation indéterminée est nulle, ce n'est que lorsqu'on ne peut pas connaître quel est l'engagement que les parties ont contracté; mais quand l'obligation est déterminable, quoique le montant n'en soit pas connu au moment où elle est contractée, on ne peut pas dire pour cela qu'elle est nulle; ce principe, allégué par le demandeur, ne peut donc pas avoir d'application à l'espèce, puisque l'engagement souscrit par le défendeur, est

de fournir douze actions de 3,000 francs chacune, obligation bien déterminée ; que la valeur de l'établissement qui a donné lieu à l'association faite entre les parties, est connue; et que, quand elle aurait varié depuis l'acquisition, sa valeur est toujours déterminable, et que, conséquemment le demandeur ne peut pas être livré à l'arbitraire du défendeur ;

» Qu'au surplus, les droits des parties, à cet égard, ne peuvent être réglés que par des arbitres, conformément aux art. 9, 10, 11, 12 et 13 du tit. 4 de l'ordonnance du mois de mars 1673, dont les dispositions sont conservées par l'art. 1873 du Code civil ;

» Le tribunal donne acte au défendeur des offres par lui faites de remplir et exécuter l'obligation qu'il a contractée par sa lettre du 7 vendémiaire an 12, de fournir au demandeur douze actions de 3,000 francs chaque, pour son intérêt dans la Société en commandite relative à l'établissement de l'acierie de S....; ordonne, en conséquence, que le défendeur sera tenu, suivant ses offres, de délivrer au demandeur lesdites actions dans le délai d'un mois, à compter de ce jour ; faute de quoi faire, et ledit délai passé, condamne le défendeur à payer au demandeur la somme de 36,000 francs, avec les intérêts à six pour cent, à compter de l'époque des différens versemens, à titre d'indemnité de l'inexécution de l'obligation du défendeur ; sauf, dans le cas de contestation entre les parties, pour le réglement du mode d'exécution de leur Société, à se retirer devant des arbitres dont elles conviendront, sinon, qui seront nommés par le tribunal ».

Le sieur L.... F.... a appelé de ce jugement ; mais par arrêt du 22 avril 1807, la cour d'appel de Paris, adoptant les motifs des premiers juges, a mis l'appellation au néant, avec amende et dépens.

Recours en cassation de la part du sieur L.... F....

« Cet arrêt (dit-il) viole 1° l'ordonnance de 1673 et le Code civil, en ce qu'il établit une Société entre M. L.... et M. L.... F...., quoique la prétendue Société ne soit prouvée, ni par actes constitutifs, ni par écrit, ni par aucun acte équipollent, qu'elle n'ait jamais été qu'un projet, et que l'ordonnance et le Code civil exigent que toute Société de commerce soit rédigée par écrit, le projet d'une convention n'étant pas obligatoire et ne valant pas contrat ;

» 2° Il est en opposition avec les dispositions du droit sur la nullité des pactes dont l'objet est indéterminé, en ce que la prétendue Société a été déclarée valable, quoique le temps de sa durée et les autres conditions qui sont de la substance de ce contrat, n'aient pas été déterminées et réglées ; et que ni les parties elles-mêmes, ni des arbitres, ne puissent les déterminer aujourd'hui que les choses ne sont plus entières par le fait de M. D..., qui a grevé de ses hypothèques légales et conventionnelles, l'usine qui devait être originairement la propriété d'un corps social ».

Par arrêt du 28 juillet 1808, au rapport de M. Lachèse, et conformément aux conclusions de M. Giraud,

« Attendu, sur le premier moyen proposé par Jean-Baptiste L.... F...., contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris, du 22 avril 1807, que la cour d'appel n'a jugé qu'en fait l'existence d'une Société en commandite, entre le demandeur et L.... ; et qu'en jugeant ainsi d'après le titre qui servait de base à sa demande, et d'après la correspondance qui avait eu lieu entre les parties, elle n'a point contrevenu aux dispositions du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, modifiées par l'usage et la jurisprudence antérieurs au nouveau Code de commerce ;

» Attendu, sur le deuxième moyen, qu'en jugeant que l'obligation était déterminée, que la valeur de son objet était connue, que si elle avait varié, elle était déterminable, la cour d'appel n'a violé aucune loi ;

» Par ces motifs, la cour rejette.... »]]

IV. On a vu plus haut, n° 1, qu'après avoir ordonné que l'acte de Société de commerce serait rédigé par écrit, le législateur a exigé qu'il fût enregistré par extrait au greffe de la juridiction consulaire, s'il y en avait une dans le lieu, sinon, au greffe de l'Hôtel-de-Ville ou de la juridiction ordinaire, et que cet extrait fût inséré dans un tableau exposé à la vue du public, afin que chacun pût être instruit des différentes Sociétés qui se contractaient, des noms de ceux qui s'associaient, de la durée des Sociétés, etc., et que l'on pût conséquemment contracter avec les associés en pleine connaissance de cause.

Mais, quoique ces formalités aient été prescrites sous peine de nullité, et qu'elles aient eu pour fondement un motif d'utilité publique évident, tel que d'obvier aux fraudes, en empêchant qu'en cas de faillite de quelqu'un des associés, les autres associés ne pussent éviter de payer les dettes de la Société, elles sont tombées en désuétude et ne s'observent plus. C'est ce qu'atteste l'auteur des notes sur Bornier, ainsi que tous les commentateurs de l'ordonnance de commerce.

[Écoutons, entre autres, Jousse sur l'art. 2 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673 : « Cette » formalité est sagement établie.... ; cependant

» l'usage contraire a prévalu, et il est rare, » aujourd'hui, que les Sociétés des marchands » s'enregistrent ».

Brillon, au mot *Société*, n° 2, confirme cette assertion par un arrêt qu'il rapporte en ces termes :

« Le lundi 21 juillet 1681, à l'audience tenue » à la grand'chambre, il a été jugé, contre la » disposition précise de l'art. 6 du titre *des* » *Sociétés* de l'ordonnance de 1673, que, non- » obstant le défaut d'enregistrement, les So- » ciétés qui sont d'ailleurs constantes, doivent » être exécutées ». Ainsi, à peine y avait-il huit ans que l'ordonnance était promulguée, que déjà on contrevenait à sa disposition, et que les contraventions s'étaient déjà assez multipliées pour former un usage auquel les cours ne pouvaient pas refuser leur indulgence.

Denisart, sous le même mot, assure que « la » conservation de Lyon a attesté, par un acte » de notoriété du 9 mars 1729, que l'usage de » Lyon, *autorisé par la jurisprudence des* » *arrêts*, est de ne pas regarder comme une » nullité le défaut d'enregistrement de la So- » ciété. »

L'arrêt du 23 février 1763, que rapporte le même auteur, fortifie cette vérité, et contient une nouvelle preuve de l'usage dont on vient de parler :

« Dans l'espèce de cet arrêt (dit Denisart), » on ne rapportait aucune Société par écrit » entre les beaux-frères ; mais celui qui récla- » mait contre la lettre-de-change dont on lui » demandait le paiement solidaire, convenait » qu'à la mort de son père, étant âgé seule- » ment de 16 ans, il avait consenti que son » beau-frère écrivît aux divers correspondans » qu'ils continueraient le commerce du père » et beau-père. Et, quoique le réclamant con- » tre la lettre-de-change, invoquât la faveur » de la minorité, on a cru qu'un mineur au- » quel le commerce est permis, et qui avait » souffert que le public le crût associé de son » beau-frère, devait payer les lettres-de-change » souscrites par celui à qui il avait permis de » se dire chef de leur Société, parceque le » commerce exige de la sincérité, et qu'il n'est « pas permis de tromper le public ».

Nous trouvons la même doctrine dans le *Praticien des consuls*, ouvrage imprimé à Paris en 1742 :

« Cet article (2 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673) ne regarde que les Sociétés des marchands et négocians. Il s'exécute assez ordinairement ; mais, quand il est arrivé que l'extrait d'une société qui a eu lieu, n'a pas été registré ni inséré dans un tableau, la peine de nullité portée par l'ordonnance, n'a point été prononcée par les juges, soit entre leurs associés, soit avec leurs créanciers. Deux marchands, par exemple, s'associent par un traité ; ils font un commerce ouvert, et ont des livres de Société. Ils ont manqué à la formalité prescrite par l'article, et l'un d'eux s'en veut prévaloir pour rompre la Société avant le temps ; l'équité veut que le juge ordonne que l'extrait de l'acte sera registré et inséré dans le tableau, et ne souffre pas que la Société finisse par la négligence de tous les deux dans la formalité..... *In curiâ mercatorum negotia decidun- tur ex æquo et bono, non observatis apicibus seu subtilitatibus juris*.....

» Il est certain que, si les formalités de l'ordonnance étaient bien observées par ceux qui contractent des Sociétés, et que, si on ne faisait d'affaires avec eux, qu'après qu'on serait informé d'un bon enregistrement, il y aurait moins de contestations ; mais le défaut de précautions qui ne vient que de la confiance que les gens de commerce ont les uns envers les autres, ne doit point profiter à celui qui en voudrait abuser ; c'est pourquoi les art. 2 et 3 sont excellens dans leur disposition pour servir à ceux qui veulent incontestablement assurer une Société, ou ne pas douter que le négociant, qui s'engage pour soi et compagnie, ne soit associé ; mais ils n'ont leur effet, que lorsqu'il n'y a pas d'ailleurs de preuve certaine et par écrit de la Société ».

C'est aussi ce qu'ont jugé plusieurs arrêts du parlement de Flandre.

Le 11 août 1775, cette cour a confirmé une sentence des consuls de Valenciennes, qui ordonnait, entre deux armuriers, nommés Robbe et Leclerc, l'exécution d'une Société qu'ils avaient formée ensemble, et que l'un d'eux arguait de nullité, par le défaut d'enregistrement.

En 1780, le sieur Martel, négociant à Paris, s'est pourvu devant les juges-consuls de Lille contre le sieur Billon, marchand à Cambrai, pour le faire condamner, comme associé de son père, à lui payer une somme de deux ou trois mille livres, pour laquelle ce dernier s'était obligé envers lui. Billon est venu soutenir qu'il n'avait jamais été en Société avec le débiteur de cette somme. Martel a prouvé le contraire par une lettre dans laquelle Billon fils avait pris la qualité d'associé de son père. Billon a répliqué qu'aux termes de l'ordonnance de 1673, tout acte de Société qui n'avait point été enregistré et publié, devait être déclaré nul ; mais ce moyen a été rejeté, et par sentence des juges-consuls, Billon a été condamné au paiement de la somme dont

s'agissait. Il s'en est rendu appelant au parlement de Flandre; mais, de tous les avocats auxquels il s'est adressé, il n'y en a pas un qui ait osé se charger de sa cause, en sorte que la sentence a été confirmée par défaut. L'arrêt est du 21 mars 1780.

L'arrêt suivant est le plus remarquable de tous.

Le 17 novembre 1779, le sieur et la dame Mathieu Hamoir, négocians à Valenciennes, ont fait avec le sieur Borniche une *convention* sous seing privé, *pour affaires de commerce pendant le terme de six ans*. C'étaient les propres termes de l'intitulé de cet acte. Voici quelles en étaient les clauses :

« 1° M. et madame Mathieu feront des fonds pour le commerce, pour la somme de cent mille livres d'abord.

» 2° M. Borniche percevra les deux premières années 1,200 francs par chacune, et donnera ses soins en général pour le commerce.

3° La troisième année, il aura le dixième du produit du commerce, frais déduits, tels que tous les emballages, ports de lettres, droits sur les toiles, mis ou à mettre, blanchissage, frais de magasin et de bureau, journées d'ouvrières, racommodage de toiles, apprêts.

4° En cas qu'il survienne des pertes dans le commerce, qui ne puissent laisser de bénéfice à M. Borniche, dans cette circonstance il touchera la somme de 1,200 livres, et ne sera jamais tenu de faire aucun fonds

5° La répartition du bénéfice du commerce sera démontrée par un inventaire qu'on fera chaque année au temps convenable, comme en janvier, mai, et se fera de la manière suivante : M. et madame Mathieu, pour neuf dixièmes, M. Borniche pour un dixième. Il voyagera aux frais du commerce, lorsqu'on le jugera nécessaire pour en faire le bien-être.

» 6° La tenue des livres sera en parties doubles.

» 7° La raison de la maison dudit commerce sera sous les noms de Mathieu Hamoir et compagnie, dont les seules signatures seront connues; et, à leur défaut, le sieur Borniche signera comme fondé de procuration ».

Le 20 mars 1780, le sieur et la dame Mathieu ont signifié au sieur Borniche un acte portant qu'ils le remerciaient, et n'entendaient plus exécuter la convention que l'on vient de transcrire.

Le sieur Borniche s'est pourvu à la juridiction consulaire de Valenciennes, et y a fait assigner le sieur et la dame Mathieu « pour se » voir condamner *à entretenir le contrat de* » *Société du 17 novembre 1779, aux dommages* » *et intérêts*, comme aussi à nommer un arbitre » pour faire droit sur leurs contestations res» pectives, conformément à l'ordonnance de » 1673, titre des *Sociétés*, art. 9, 10, 11 et 12 ».

Le sieur et la dame Mathieu ont opposé quatre moyens à cette demande.

1° Ils ont soutenu que le sieur Borniche était leur commis, et non leur associé.

2° Ils ont ajouté que, s'il y avait une Société entre eux, elle était léonine, puisque le sieur Borniche devait toujours en tirer un profit certain, et ils ont cité à ce sujet la loi 29, §. 2, D. *pro socio*.

3° En supposant toujours que l'acte du 17 novembre 1779 fût un contrat de Société, ils ont dit qu'il était nul, aux termes de l'ordonnance de 1673, par la raison qu'il avait été ni enregistré ni publié.

4° Enfin, ils ont prétendu qu'à tout événement, il leur était permis de renoncer à la Société, et que telle était la disposition textuelle de la loi 14, D. *pro socio*.

Ces raisons ont fait sur les juges-consuls toute l'impression qu'en paraissaient attendre le sieur et la dame Mathieu. Par sentence du 2 mai 1781, la convention a été déclarée nulle; et néanmoins il a été donné acte au sieur Borniche es offres surabondamment faites par le sieur et la dame Mathieu, de lui payer une somme de cent écus.

Le sieur Borniche s'est rendu appelant de cette sentence au parlement de Flandre, et en a démontré le mal jugé par quatre propositions.

1° Il a fait voir que la convention du 17 novembre 1779 était une véritable Société; qu'en effet, elle mettait en commun une entreprise dont le profit devait se répartir dans les proportions réglées par cet acte; qu'il n'en fallait pas davantage, suivant Domat, liv. 1, tit. 8, sect. 1, pour former une Société proprement dite; qu'à la vérité, il ne devait prendre aucune part dans les gains des deux premières années; mais que cela ne pouvait pas empêcher qu'il n'y eût une vraie Société entre lui et le sieur et la dame Mathieu, par la raison que les contrats de cette espèce sont, aux termes de la loi 6, C. *pro socio*, susceptibles de toutes sortes de pactes licites; qu'après tout, l'art. 7 de l'acte ne laissait là dessus aucune espèce de doute, en déclarant que *la raison dudit commerce serait sous les noms de Mathieu Hamoir et compagnie*; qu'enfin, le sieur et la dame Mathieu avaient eux-mêmes écrit à leurs correspondans, qu'ils s'étaient associés avec le sieur Borniche.

2° Pour prouver que la Société n'était point léonine, le sieur Borniche a cité la loi

29, § 1, D. *pro socio*; le §. 2, aux Institutes, *de Societate*; Domat, liv. 1, tit. 8, sect. 1, n. 9; Bourjon, liv. 3, tit. 7, ch. 2, sect. 2, n. 8; et de ces autorités réunies, il a tiré la conséquence qu'un des associés peut ne fournir aucun fonds, ni supporter aucune perte, et néanmoins avoir part aux profits, parce que de pareilles conventions n'ont rien de contraire aux bonnes mœurs, et que la seule industrie d'un homme peut former un fonds inestimable.

3.° A l'égard du défaut d'enregistrement, le sieur Borniche a soutenu qu'il n'en pouvait pas résulter une nullité entre les associés; il a cité le parère 40 de Savary; il a ajouté que l'ordonnance de 1673 était, en ce point, tombée dans une désuétude universelle.

4.° Le sieur Borniche est convenu que, dans la thèse générale, on peut renoncer à une Société, avant l'expiration du terme limité pour sa durée; mais il a soutenu, d'après les lois romaines et un arrêt rapporté par Bourjon, qu'une renonciation frauduleuse oblige celui qui l'a faite, à dédommager son associé; et il a fait voir que le sieur et la dame Mathieu n'avaient résilié la convention du 17 novembre 1779, que pour le priver des avantages que cet acte lui assurait.

Sur ces moyens, développés pendant deux audiences, arrêt du premier juin 1781, qui infirme la sentence, « émendant, déclare » qu'il y a eu Société entre les parties, en conséquence les renvoie par-devant arbitres, » pour régler leurs différends, etc. ».]

[[Cette jurisprudence était respectée, même par l'ancien conseil d'état; témoin l'arrêt du 3 mai 1752, dont il est parlé dans le plaidoyer du 29 janvier 1808, rapporté ci-dessus, sect. 2, §. 3, art. 2, n° 3.

Elle l'a été également par la cour de cassation; et c'est ce qui résulte notamment de l'arrêt du 22 messidor an 9, qui est rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Société*, §. 1.

Mais on va voir que le Code de commerce ne la laisse subsister que relativement aux tiers, et qu'il l'abroge à l'égard des associés entre eux.

ART. II. *Dispositions du Code de commerce sur les formalités relatives aux contrats de Société de commerce.*

I. Le Code de commerce distingue, à cet égard, entre les Sociétés en nom collectif et en commandite, les Sociétés anonymes et les Sociétés en participation.

II. L'art. 39 porte que « les Sociétés en » nom collectif ou en commandite doivent » être constatées par des actes publics ou » sous signature privée, en se conformant, » dans ce dernier cas, à l'art. 1325 du Code » civil », dont on peut voir le texte aux mots *Double écrit*, n° 6.

Cette disposition ne fait, comme l'on voit, que renouveler celle de l'art. 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1673; mais elle est plus impérieuse dans le Code de commerce, qu'elle ne l'était dans cette ordonnance. On a vu plus haut, art. 1, n° 2 et 3, que, sous l'ordonnance de 1673, on pouvait suppléer à l'acte de Société, soit par la preuve testimoniale, aidée d'un commencement de preuve par écrit, soit par les reconnaissances des parties, soit par toute autre espèce de preuve non prohibée; mais on ne le pourrait plus, sous le Code de commerce, que relativement à des tiers (1). Pour les associés entre eux, rien ne peut, sous ce Code, tenir lieu de l'acte de Société. C'est la conséquence nécessaire de l'art. 42, dont on trouvera les termes ci-après, n° 5.

III. Suivant l'art. 40, « les Sociétés ano- » nymes ne peuvent être formées que par des » actes publics ». Ainsi, toute Société anonyme qui serait contractée, ou par acte sous seing-privé, ou sans acte, n'aurait aucun effet, du moins entre les associés; et les tiers seraient seuls admis à s'en prévaloir, s'ils en rapportaient des preuves légales.

IV. L'art. 41 renouvelle et rend commune aux Sociétés en nom collectif et en commandite, et aux Sociétés anonymes, la deuxième disposition de l'art. 1er du tit. 4 de l'ordonnance de 1673 : « aucune preuve par témoins (porte- » t-il) ne peut être admise contre et outre le » contenu dans les actes de Société, ni sur ce » qui serait allégué avoir été dit avant l'acte, » lors de l'acte ou depuis, encore qu'il s'agisse » d'une somme au-dessous de 150 francs ».

V. Les articles suivans prescrivent l'enregistrement des actes de Société tant en nom collectif et en commandite qu'anonyme, et déterminent, par une distinction qui n'était pas dans l'ordonnance de 1673, les effets qui résultent de l'omission de cette formalité.

« 42. L'extrait des actes de Société en nom collectif et en commandite, doit être remis, dans la quinzaine de leur date, au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement dans lequel est établie la maison du commerce

(1) *V.* ci-après, n° 7.

social, pour être transcrit sur le registre, et affiché, pendant trois mois, dans la salle des audiences.

» Si la Société a plusieurs maisons de commerce situées dans divers arrondissemens, la remise, la transcription et l'affiche de cet extrait, seront faites au tribunal de commerce de chaque arrondissement.

» Ces formalités seront observées, à peine de nullité à l'égard des intéressés; mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé à des tiers par les associés.

» 43. L'extrait doit contenir les noms, prénoms, qualités et demeures des associés autres que les actionnaires ou commanditaires, la raison de commerce de la Société, la désignation de ceux des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la Société, le montant des valeurs fournies ou à fournir par actions ou en commandite, l'époque où la Société doit commencer, et celle où elle doit finir.

» 44. L'extrait des actes de Société est signé, pour les actes publics, par les notaires; et pour les actes sous seing-privé, par les associés, si la Société est en nom collectif, et par les associés solidaires ou gérans, si la Société est en commandite, soit qu'elle se divise ou ne se divise pas en actions.

» 45. L'acte du gouvernement qui autorise les Sociétés anonymes, devra être affiché avec l'acte d'association, et pendant le même temps.

» 46. Toute continuation de Société, après son terme expiré, sera constatée par une déclaration des co-associés.

» Cette déclaration, et tous actes portant dissolution de Société avant le terme fixé pour sa durée par l'acte qui l'établit, tout changement ou retraite d'associés, toutes nouvelles stipulations ou clauses, tout changement à la raison de Société, sont soumis aux formalités prescrites par les art. 42, 43 et 44.

» En cas d'omission de ces formalités, il y aura lieu à l'application des dispositions pénales de l'art. 42, troisième alinéa ».

VI. Ces dispositions ne sont pas applicables aux Sociétés en participation.

« Les associations en participation, porte l'art. 9 du Code de commerce, peuvent être constatées par la représentation des livres de la correspondance, ou par la preuve testimoniale, si le tribunal juge qu'elle peut être admise.

» Les associations commerciales en participation (ajoute l'art. 50) ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres Sociétés».

VII. On a vu plus haut, n°. 1, que, relativement aux tiers, les Sociétés de commerce peuvent être prouvées autrement que par écrit; et voici un arrêt de la cour de cassation qui le juge ainsi.

Le sieur Quentin de Vamber fait assigner, devant le tribunal de Neufchâtel, jugeant commercialement, le sieur Thierry et Sophie Chicard, son épouse, séparée de biens d'avec lui, pour se voir condamner, solidairement et par corps, à lui payer 133 francs 90 centimes pour du beurre qu'il leur a vendu et livré au marché de Gournay.

Sur cette assignation, le sieur Thierry fait défaut Sophie Chicard comparaît et soutient qu'elle n'est pas marchande.

Le 17 novembre 1809, jugement qui condamne le mari défaillant, et continue la cause, à l'égard de la femme, au 24 du même mois.

Le 24, second jugement qui, avant faire droit, ordonne au sieur Quentin de Vamber de prouver sommairement que le sieur Thiery et sa femme sont en Société de commerce; qu'ils n'ont qu'un seul et même magasin; que la femme est dans l'usage d'acheter et de vendre les marchandises, et que c'est elle qui habituellement compte avec les marchands et les paye.

Le 29 décembre suivant, troisième jugement qui, vu l'enquête, « et attendu que la » femme civilement séparée d'avec son mari, » est rendue à ses actions personnelles, et » qu'elle peut s'obliger séparément ou con» curremment avec son mari; que, dans l'es» pèce, Sophie Chicard a pris la part la plus » active au commerce qu'elle paraît faire en » commun avec son mari; qu'il résulte des dé» positions des témoins produits par Quentin » de Vamber, que Thierry et sa femme n'ont » jamais qu'un seul et même magasin, qu'ils » achètent indifféremment les marchandises, » mais que c'est la femme qui en reçoit la » livraison et en paye le prix; condamne » Sophie Chicard, solidairement avec son » mari et par corps, à payer au sieur Quen» tin de Vamber la somme qu'il demande ».

Sophie Chicard se pourvoit en cassation contre ce jugement et contre celui du 24 novembre.

Elle soutient que le jugement du 24 novembre a violé l'art. 1834 du Code civil, en admettant la preuve par témoins de l'existence d'une Société qui, d'après cet article, ne pouvait être prouvée que par écrit.

Elle soutient que le jugement du 29 décembre a violé l'art. 220 du même Code, et les art. 636 et 637 du Code de commerce, en la condamnant personnellement et même par corps, non-seulement sans qu'il fût prouvé qu'elle fît un commerce séparé, mais même quoiqu'il fût prouvé qu'elle ne faisait qu'aider son mari dans son commerce.

Par arrêt contradictoire du 23 novembre 1812, au rapport de M. Reuwens,

« Considérant que l'art. 1834 du Code civil ne concerne point les Sociétés de commerce; que d'ailleurs les dispositions de cette nature ne regardent que les associés entre eux, et ne peuvent être opposées à un créancier qui a contracté sous la foi d'une Société publiquement reconnue;

» Considérant, en outre, qu'il a été jugé en fait, soit d'après les pièces rapportées, soit d'après les autres circonstances résultantes du procès, que la femme Chicard a été marchande publique;

» La cour rejette le pourvoi.... ».]]

SECTION IV. *Des clauses les plus ordinaires qui ont lieu dans les contrats de Société.*

I. Ces clauses concernent, ou le temps auquel doit commencer et finir la Société, ou l'administration de la Société, ou la part que chacun des associés doit avoir dans le profit et dans la perte, ou la récompense que doivent avoir ceux des associés dont la mise en Société serait plus considérable que celle des autres.

II. On doit exprimer le temps où la Société doit commencer : cependant on peut le faire dépendre d'une condition. Vous pouvez, par exemple, contracter une Société de commerce, avec stipulation qu'elle ne commencera que quand vous serez établi à Rouen.

Lorsque le temps que doit durer la Société n'est point exprimé, les parties sont censées s'être associées pour tout le temps de leur vie.

[[« La Société commence (dit le Code civil, art. 1843), à l'instant même du contrat, s'il ne désigne une autre époque.

» S'il n'y a pas de convention sur la durée de la Société (continue l'art. 1844) elle est censée contractée pour toute la vie des associés, sous la modification portée en l'art. 1869 (transcrit ci-après, sect. 7); ou, s'il s'agit d'une affaire dont la durée soit limitée, pour tout le temps que doit durer cette affaire ».]]

III. Lorsque, par le contrat, les associés confient à l'un d'entre eux l'administration des affaires de la Société, ils peuvent étendre ou limiter leur confiance, comme ils le jugent à propos.

Quand les parties ne se sont pas expliquées sur l'étendue du pouvoir d'administrer qu'elles ont confié, ce pouvoir contient, relativement aux affaires de la Société, ce qu'a coutume de renfermer la procuration générale que des particuliers donnent à quelqu'un pour administrer leurs biens : en effet, celui qui a l'administration des affaires d'une Société, est comme le procureur général de ses associés : en conséquence, il peut faire tous les actes et traités relatifs aux affaires de la Société, tels que recevoir ce que doivent les débiteurs de la Société, et en donner quittance, faire les poursuites nécessaires pour obtenir le paiement de ce qui est dû à la Société, acquitter les dettes dont elle est chargée, traiter avec les ouvriers employés pour le service de la Société, acheter les choses dont elle a besoin, et vendre celles qui sont destinées à être vendues.

Observez que l'administrateur d'une Société de commerce peut bien vendre les marchandises de cette Société, mais non la maison acquise pour faire le siége du commerce, ni même les meubles destinés à rester dans cette maison, tels que les métiers, les cuves et autres ustensiles de commerce.

Le pouvoir de l'associé administrateur ne s'étend pas non plus jusqu'au droit de transiger sur les procès de la Société, sans l'avis de ses associés, et encore moins jusqu'à la liberté de disposer par donation des effets de la Société. Cependant les donations de bienséance et ordinaires ne lui sont pas interdites. Il peut, par exemple, sans consulter ses associés, faire les remises ordinaires à ceux qui doivent des lods et ventes ou autres profits seigneuriaux, comme les seigneurs sont dans l'usage de le faire; il peut donner des étrennes et autres petites gratifications, dans les cas où l'on a coutume d'en donner; il peut parcillement accéder à un contrat d'attermoiement qui contient des remises faites à un débiteur en faillite, attendu que ces remises se font plutôt par principe d'économie, pour ne pas tout perdre, que dans l'intention de donner.

Quoique nous ayons dit que le pouvoir de l'associé qui, par le contrat, a été établi administrateur des affaires de la Société, est égal au pouvoir d'un homme qui a une procuration générale pour administrer les affaires de quelque autre personne, il y a néanmoins entre ces deux administrateurs une différence remarquable. Le pouvoir du second étant révocable selon la nature du mandat, il peut bien faire à l'insçu de ceux qui lui ont donné la procuration, tous les actes dépendans de l'administration qu'ils lui ont confiée; mais il ne peut rien faire contre leur volonté, lorsqu'ils la lui ont notifiée : au contraire, le pouvoir d'administrer, accordé à l'associé par le contrat de Société, étant une des conditions de

ce contrat, il ne peut pas être révoqué tant que la Société dure : ainsi, cet associé peut faire, même contre la volonté des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration, pourvu que ce soit sans fraude et pour le bien de la Société.

Il en serait différemment, si le pouvoir d'administrer n'avait été accordé à l'un des associés que par un acte postérieur au contrat de Société ; cet associé ne serait alors qu'un simple mandataire qui serait révocable et ne pourrait rien faire contre le gré de ses associés.

Si, par le contrat, on a attribué à plusieurs associés l'administration des affaires communes, et que cette administration ait été partagée entre eux ; que l'un, par exemple, ait été préposé pour acheter les marchandises, et l'autre, pour les vendre, chacun d'eux ne peut faire que les actes relatifs à la partie d'administration qui lui a été confiée. Mais s'il n'y a point eu de partage de l'administration, chacun peut faire valablement, sans l'autre, tous les actes concernant l'administration de la Société, à moins qu'il n'ait été stipulé que l'un ne pourrait rien faire sans le concours de l'autre.

[[Voici ce que règlent, sur tout cela, les articles suivans du Code civil :

« 1856. L'associé chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de Société, peut faire, nonobstant l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration, pourvu que ce soit sans fraude.

» Ce pouvoir ne peut être révoqué sans cause légitime, tant que la Société dure ; mais s'il n'a été donné que par acte postérieur au contrat de Société, il est révocable comme un simple mandat.

» 1857. Lorsque plusieurs associés sont chargés d'administrer, sans que leurs fonctions soient déterminées, ou sans qu'il ait été exprimé que l'un ne pourrait agir sans l'autre, ils peuvent faire chacun séparément tous les actes de cette administration.

» 1858. S'il a été stipulé que l'un des administrateurs ne pourra rien faire sans l'autre, un seul ne peut, sans une nouvelle convention, agir en l'absence de l'autre, lors même que celui-ci serait dans l'impossibilité actuelle de concourir aux actes d'administration ».]]

IV. Quand l'intention des contractans n'est pas de partager la Société par portions égales, on doit régler par le contrat de Société, la part que chacun doit avoir tant dans le fonds de la Société que dans les profits et les pertes.

On peut convenir, par exemple, qu'en récompense de son industrie et de son travail, l'un des associés ne supportera rien dans les pertes que la Société pourra souffrir, si elle vient à ne pas réussir.

On peut aussi évaluer à une certaine somme le prix du travail d'un tel associé, et stipuler qu'il la prélevera, avant le partage, sur le fonds de la Société.

[[Le Code civil contient là-dessus les dispositions suivantes :

« Art. 1853. Lorsque l'acte de Société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la Société.

» A l'égard de celui qui n'a apporté que son industrie, sa part dans les bénéfices ou dans les pertes est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté.

» 1854. Si les associés sont convenus de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour le réglement des parts, ce réglement ne peut être attaqué, s'il n'est évidemment contraire à l'équité.

» Nulle réclamation n'est admise à ce sujet s'il s'est écoulé plus de trois mois depuis que la partie qui se prétend lésée, a eu connaissance du réglement ; ou si ce réglement a reçu de sa part un commencement d'exécution.

» 1855. La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, est nulle.

» Il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets mis dans le fonds de la Société par un ou plusieurs des associés ».]]

Section V. *De l'association d'un tiers à la part de l'un des associés.*

Comme chaque associé n'a le droit de disposer des effets de la Société que jusqu'à concurrence de la part qu'il y a, il faut en conclure qu'il peut bien, sans le concours de ses associés, associer un tiers à sa part ; mais qu'il ne peut pas, sans leur consentement, associer ce tiers à la Société. C'est ce qui résulte de cette règle de droit, *socius socii mei non est meus socius.*

[[Telle est aussi la disposition de l'art. 1861 du Code civil : « Chaque associé peut, sans » le consentement de ses associés, s'associer

» une tierce personne relativement à la part » qu'il a dans la Société : il ne peut pas, sans » ce consentement, l'associer à la Société, lors » même qu'il en aurait l'administration ».]]

Il suit de là, que si, après avoir contracté une Société avec vous, je prends un tiers pour associé, et que ce tiers vienne à faire quelque bénéfice provenant des effets de la Société, il n'en devra compte qu'à moi qui me le suis associé, et non à vous qui n'êtes point son associé. C'est ce que décide la loi 21, D. *pro socio*. Vous pourrez seulement exiger que je tienne compte à la Société de ce que j'en aurai tiré pour mettre entre les mains de ce tiers.

Si ce tiers que je me suis associé, a causé quelque dommage par sa faute, à la Société que j'ai avec vous, ce sera, non-seulement contre lui, mais encore contre moi, que vous aurez action pour la réparation de ce dommage.

[[Le croupier, c'est-à-dire, celui à qui, dans une Société, l'un des associés a cédé une part déterminée de son intérêt, et qui, par cette raison, en est l'associé particulier et en sous-ordre, est-il tenu de contribuer aux pertes causées à son cédant par l'insolvabilité des associés de celui-ci ?

Non, à moins qu'il n'en ait été autrement convenu entre lui et son cédant.

V. mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Croupier*.

SECTION VI. *Obligations des associés, tant entre eux qu'envers les tiers. Actions qui en résultent. Manière de les poursuivre, de les juger, de faire exécuter les jugemens dont ils sont suivis, et de les prescrire.*

Pour que l'on puisse mieux saisir les différens objets de cette section, nous la diviserons en trois paragraphes.

§. 1. *Obligations des associés envers les tiers.*

I. Il faut, à cet égard, distinguer les Sociétés étrangères au commerce, d'avec celles qui ont le commerce pour objet.

Pour les premières, le Code civil détermine ainsi les engagemens des associés envers les tiers :

» Art. 1862. Dans les Sociétés autres que celles de commerce, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales ; et l'un des associés ne peut obliger les autres, si ceux-ci ne lui en ont conféré le pouvoir.

» 1863. Les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté, chacun pour une somme et part égales, encore que la part de l'un d'eux dans la Société fût moindre, si l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied de cette dernière part.

» 1864. La stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la Société, ne lie que l'associé contractant et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir, ou que la chose n'ait tourné au profit de la Société ».

II. A l'égard des Sociétés de commerce, on distingue : ou elles sont en nom collectif, ou elles sont en commandite, ou elles sont anonymes, ou elles sont en participation.]]

Dans les Sociétés de commerce en nom collectif, chaque associé est tenu solidairement des dettes de la Société. C'est ce qui est établi par l'art. 7 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673.

Cette disposition est une exception au principe général de droit, suivant lequel les personnes qui contractent ensemble une obligation, sont censées ne l'avoir contractée chacune que pour sa part, à moins qu'elles n'aient expressément déclaré qu'elles la contractaient solidairement.

On a introduit cette exception en faveur du commerce, afin que les marchands en Société eussent un crédit plus étendu. Elle est aussi fondée sur ce que, suivant les principes du droit, les commerçans qui sont associés, sont considérés comme étant les préposés les uns des autres pour les affaires de la Société. Or, on sait qu'un préposé, en contractant, oblige solidairement tous ses commettans.

Pour qu'une dette soit censée dette de la Société, et que chaque associé y soit obligé solidairement, il faut, en premier lieu, qu'elle ait été contractée par quelqu'un qui ait eu le pouvoir d'obliger tous ses associés ; et en second lieu, qu'elle ait été contractée au nom de la Société.

Un associé n'a ce pouvoir que quand ses associés lui ont donné expressément ou tacitement l'administration des affaires de la Société, ou que la personne qui a contracté avec lui, a été fondée à croire qu'il avait cette administration. Sans cela, la dette qu'il a contractée, n'oblige les autres associés que jusqu'à concurrence de ce que la Société en a profité.

L'ordonnance de 1673 a déterminé quand une dette doit être censée contractée au nom de la Société. C'est, dit l'art. 4 du tit. 4, lorsque l'associé ajoute à sa signature, qu'il signe *pour la Compagnie*, et non autrement.

[[Telle est aussi la disposition de l'art. 22

du Code de commerce, rapporté ci-devant, sect. 2, §. 3, art. 1.]]

Lorsque la dette a été contractée au nom de la Société, tous les associés y sont obligés, quand même la somme due aurait été employée aux affaires particulières de l'associé qui l'a empruntée. Le créancier qui a son billet signé *et compagnie*, peut demander son paiement à tous les associés, comme si ces deniers avaient été employés au profit de la Société. Les associés doivent s'imputer de s'être unis avec un associé infidèle.

[[C'est ce qui est expliqué au mot *Faux*, sect. 1, §. 5.

Mais pour cela, est-il absolument nécessaire que l'obligation contractée par un associé ayant pouvoir d'engager la Société, soit signée du nom social *un tel et compagnie*? Et ne suffit-il pas que, par la teneur même de l'obligation, il soit constaté que l'associé signataire a traité pour ses associés comme pour lui-même?

Voici une espèce dans la quelle cette question s'est présentée successivement devant la cour d'appel de Pau et devant la cour de cassation.

Le 25 thermidor an 8, contrat de Société de commerce entre la veuve Pouyet, domiciliée à Bayonne, et Jean-Baptiste Pouyet, son fils. Il est convenu que cette Société aura pour raison sociale les mots *veuve Pouyet et fils*, que la signature appartiendra à chacun des deux associés, et que le commerce se fera dans une maison appartenant à la veuve Pouyet, et située dans la même ville, rue de la Monnaie.

Le 3 septembre 1806, acte notarié par le quel Jean-Baptiste Pouyet, *agissant tant en son propre et privé nom, que pour dame Marie-Anne Darguibel, veuve Pouyet, sa mère, tous deux associés et commerçans à Bayonne, sous la raison de veuve Pouyet et fils*, emprunte de Jean-Jacques Pouyet une somme de 40,000 francs. Il s'oblige *de rapporter, en tant que de besoin, dans cinq jours ou plutôt, l'adhésion de la dame sa mère au présent acte;* en même temps, il affecte à la sûreté de l'obligation qu'il contracte, la maison *qu'il déclare posséder, avec la dame sa mère, rue de la Monnaie*, n°. 7. Enfin, il signe l'acte, non de la raison sociale, mais de son propre nom.

Le 8 avril 1808, Jean-Jacques Pouyet fait signifier à la veuve Pouyet un commandement de payer les termes échus de l'obligation du 3 septembre 1806.

A défaut de réponse de la veuve Pouyet, Jean-Jacques Pouyet fait pratiquer une saisie immobilière sur sa maison rue de la Monnaie.

Le 16 novembre suivant, la veuve Pouyet demande la nullité du commandement et de la saisie, attendu, dit-elle, que je n'ai ni signé ni ratifié l'obligation du 3 septembre 1806; et qu'ainsi, elle m'est étrangère.

Le 24 janvier 1809, jugement qui, « avant » faire droit, permet à Jean-Jacques Pouyet » de prouver, tant par titres que par témoins, » que les sommes empruntées par contrat public du 3 septembre 1806, ont été employées » à l'acquit des sommes dues par la maison de » commerce *veuve Pouyet et fils*; la preuve » contraire réservée à la dame Pouyet ».

Le 3 février suivant, Jean-Jacques Pouyet, voulant commencer son enquête, en exécution de ce jugement, signifie purement et simplement à sa requête, fait assigner la veuve Pouyet *pour être présente à l'audition des témoins.*

Le lendemain, la veuve Pouyet appelle du jugement du 24 janvier.

Le 23 mars, Jean-Jacques Pouyet présente au président de la cour d'appel de Pau une requête par laquelle, après avoir exposé que, *s'il faut faire une enquête, il est instant d'y procéder, parceque les preuves peuvent venir à dépérir*, il demande qu'il soit fixé, *une audience rapprochée, pour plaider sur l'appel dont il s'agit.* Sur cette requête, ordonnance qui permet d'assigner au 8 avril.

Le 22 avril, Jean-Jacques Pouyet déclare appeler incidemment du jugement du 24 janvier, en ce qu'il fait dépendre la validité de son commandement et de sa saisie immobilière, d'une preuve qui, d'après l'obligation du 3 septembre 1806, est absolument inutile.

La veuve Pouyet soutient que cet appel incident est non-recevable, parceque Jean-Jacques Pouyet a exécuté le jugement du 24 janvier, et y a acquiescé, même postérieurement à l'appel principal.

Le 9 juin 1810, arrêt par lequel il est dit,

» Qu'il résulte de l'acte public du 3 septembre 1806, que Jean-Baptiste Pouyet, déclarant agir tant en son nom qu'en celui de la veuve Pouyet, sa mère et son associée, se constitua débiteur audit nom du sieur Jacques-Pouyet, en une somme de 40,000 francs; pour sûreté de laquelle il hypothéqua sa maison, qu'il déclara sociale;

» Que l'art. 7 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, sous l'empire de laquelle le contrat fut passé, porte: *tous associés seront obligés solidairement aux dettes de la Société, encore qu'il n'y en ait qu'un qui ait signé*, AU CAS

QU'IL AIT SIGNÉ *pour la compagnie et non autrement*; que ces termes de la loi, *au cas qu'il ait signé pour la compagnie*, prouvent indubitablement que la Société est engagée par la signature de l'un des associés, toutes les fois que l'acte démontre que l'associé signataire a agi dans l'intérêt et pour le compte de la Société;

» Qu'il n'est pas sérieux de prétendre que la Société n'est obligée que lorsque l'associé ajoute à sa signature les mots *et compagnie*; qu'il suivrait de ce système, que la mention expresse que l'associé ferait dans l'acte, qu'il traite pour la Société, serait moins efficace que la déclaration tacite résultante des mots *et compagnie*; système que la raison désavoue et que l'article précité condamne formellement, puisqu'il fait dépendre l'obligation de la Société, de la seule condition que l'associé ait signé pour elle; qu'étant bien constant ici, par les termes mêmes de l'acte du 3 septembre 1806, que le sieur Jean-Baptiste Pouyet y contracta pour la Société, la conséquence est que la veuve Pouyet fut solidairement engagée avec lui; qu'ainsi, le jugement du 24 janvier 1809, n'est point injuste, pour n'avoir pas cassé le commandement auquel cet acte servit de base, et déclaré le sieur Pouyet non-recevable dans les preuves par lui offertes;

» Qu'il est vrai que le sieur Jacques Pouyet accepta et voulut exécuter le jugement du 24 janvier; qu'il aurait été non-recevable à l'attaquer ensuite, si la veuve Pouyet l'avait accepté aussi; mais que l'appel principal qu'elle en interjeta, donna incontestablement au sieur Pouyet le droit d'en appeler incidemment, suivant la maxime élémentaire que *nihil debet actori licere quod reo non licet*;

» Que la veuve Pouyet étant considérée obligée par l'acte public du 3 septembre 1806, il était inutile dès lors d'examiner si la somme empruntée avait tourné ou non au profit de la Société; d'où il suit que la preuve ordonnée dans cet objet, le fut sans nécessité, et qu'en réformant ce jugement, il y a lieu de statuer définitivement sur l'objet du procès;

» Que, puisqu'il est reconnu, par les motifs qui précèdent, que la veuve Pouyet était engagée par l'acte du 3 septembre 1806, la conséquence de ce principe est qu'elle fut soumise aux exécutions qui en dérivent; qu'ainsi, au lieu d'annuler, comme elle le demande, le commandement et la saisie qui le suivit, il doit être permis au sieur Jacques Pouyet de continuer ses exécutions;

» La cour, disant droit de l'appel interjeté par la partie de Petit (la veuve Pouyet), du jugement du 24 janvier 1809, de l'adhésion audit appel et appel-incident de la partie de Sicabaig (Jean-Jacques Pouyet), sans s'arrêter à l'incompétence et aux moyens de nullité proposés par la partie de Petit, dont elle est déboutée, dit avoir été compétemment et régulièrement, mais mal jugé; ce faisant, réforme ledit jugement; et procédant par nouveau, sans s'arrêter non plus à la fin de non-recevoir proposée par ladite partie de Petit, la déboute de la nullité du commandement et de la saisie dont il s'agit, permet à la partie de Sicabaig de continuer ses exécutions..... ».

La veuve Pouyet se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et propose deux moyens :

Contravention à l'autorité de la chose jugée, en ce que la cour d'appel de Pau a reçu l'appel incident de Jean-Jacques Pouyet, nonobstant son acquiescement à la disposition du jugement du 24 janvier 1809, qui était l'objet de cet appel;

Violation de l'art. 7 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, en ce que la veuve Pouyet a été jugée personnellement et solidairement obligée par un acte que son associé n'avait souscrit que de son propre nom, sans y ajouter la *raison sociale*.

L'affaire portée à l'audience de la section des requêtes, le 21 août 1813, j'ai d'abord réfuté le premier de ces moyens, puis j'ai ajouté :

« Le deuxième moyen aura-t-il plus de succès? Il est tiré de l'art. 7 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, suivant lequel *tous associés sont obligés solidairement aux dettes de la Société, encore qu'il n'y en ait qu'un qui ait signé, au cas qu'il ait signé pour la compagnie, et non autrement*; et la demanderesse prétend que cet article est violé par l'arrêt qu'elle vous dénonce, parce que Jean-Baptiste Pouyet, son associé, n'avait souscrit l'acte du 3 septembre 1806, que de son propre nom; parce qu'il ne l'avait pas souscrit de la signature sociale, *veuve Pouyet et fils*.

» Mais si Jean-Baptiste Pouyet avait fait, par des déclarations insérées dans le corps de l'acte du 3 septembre 1806, l'équivalent de ce qu'il eût fait sans le secours de ces déclarations, en y apposant à la fin la signature sociale, qu'aura-t-on à dire? Certes, il n'est pas entré, il n'a pas pu entrer dans la pensée du rédacteur de l'ordonnance de 1673, de faire des mots, *et compagnie*, ajoutés à la signature de l'un des associés, des termes tellement sacramentels, qu'il fût impossible

d'y suppléer par aucune espèce d'équipollence, et de les remplacer notamment par des expressions qui rendissent parfaitement la même idée. Lui supposer une pareille intention, c'est prétendre que le législateur a été plus pointilleux, plus exigeant, plus superstitieux dans les matières de commerce, c'est-à-dire, dans les matières où la bonne foi doit essentiellement dominer par-dessus tout, qu'il ne l'a été dans aucune autre. C'est vouloir, par exemple, qu'il ait accordé moins de faveur aux matières de commerce, qu'il n'en a accordé aux testamens, dans lesquels il est universellement reconnu, comme le dit Ricard (part. 1, n° 1502), que l'équipollence est admise, lorsqu'elle est *identique* et qu'il *ne s'y peut figurer quelque sorte de différence.* C'est par conséquent afficher le paradoxe le plus absurde et le plus révoltant.

» Or, ce que Jean-Baptiste Pouyet eût pu faire, en signant l'acte du 3 septembre 1806, des mots *veuve Pouyet et fils*, ou *Jean-Baptiste Pouyet et compagnie*, ne l'a-t-il pas fait d'une manière parfaitement équipollente, par les déclarations qu'il a insérées dans le corps de cet acte?

» Si, sans énoncer, dans le corps de cet acte, qu'il empruntait les 40,000 francs pour le compte de la Société, Jean-Baptiste Pouyet eût souscrit cet acte de la signature sociale, il aurait, par cela seul, constaté suffisamment que c'était pour le compte de la Société qu'il empruntait les 40,000 francs; et son associée se serait, par cela seul, trouvée solidairement obligée avec lui à rendre les 40.000 francs au prêteur. Eh bien! Au lieu de faire, par la seule signature sociale, au lieu de faire, d'une manière qui n'eût pu être entendue que de ceux qui connaissaient l'art. 7 du tit. 4 de l'ordonnance de 1667, la déclaration qui était nécessaire pour établir que c'était la Société qui empruntait par son ministère, il a fait cette déclaration en termes exprès; il l'a faite d'une manière qui était intelligible pour tout le monde, et ne pouvait laisser aucun doute dans les esprits; il l'a faite en disant qu'il agissait *tant en son propre et privé nom, que pour dame Marie-Anne Darguibel, veuve Pouyet, sa mère, tous deux associés et commerçans à Bayonne, sous la raison de veuve Pouyet et fils*; il l'a par conséquent faite, pour nous servir des expressions de Ricard, avec une équipollence *identique*, et telle qu'il *ne s'y peut figurer aucune différence.*

» Que veut l'art. 2 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, pour que la signature d'un associé oblige solidairement tous les membres de la Société? Rien autre chose, si ce n'est que l'associé signe *pour la compagnie.* Et certainement il signe *pour la compagnie*, lorsqu'avant de signer, il déclare que c'est *pour la compagnie* qu'il traite; lorsqu'avant de signer, il déclare qu'il agit tant en son propre nom qu'au nom de ses associés; lorsqu'avant de signer, il déclare que ce n'est pas lui seul qui s'oblige, et que tous les associés s'obligent avec lui, par la force du pouvoir qu'ils lui ont donné de contracter pour eux.

» Mais, dit-on, il existe un arrêt de la cour, du 13 fructidor an 9, qui juge, en maintenant un arrêt de la cour d'appel de Paris, qu'une obligation souscrite par le sieur Famin, ne liait pas le sieur Paulée, son associé, *parce qu'elle ne portait pas l'addition des mots* ET COMPAGNIE, *et que l'art. 7 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673 ne soumettait à cette action que ceux qui étaient engagés par la mention des mots* ET COMPAGNIE.

» Oui, l'arrêt de la cour, du 13 fructidor an 9, l'a ainsi jugé; mais par quel motif? parce que, dans le corps de l'obligation que le sieur Famin avait souscrite, il n'était nullement question du sieur Paulée; parce que le sieur Famin avait signé, dans cette obligation, non comme associé du sieur Paulée, mais isolément et comme traitant de ses affaires personnelles.

» Aussi la question s'étant depuis représentée dans une autre espèce où le sieur Famin, tout en signant de son nom seul, était prouvé avoir réellement signé pour le sieur Paulée comme pour lui-même, la cour d'appel de Paris a-t-elle condamné le sieur Paulée solidairement, quoique les preuves que le sieur Famin avait signé pour le compte de la Société, ne résultassent pas de l'acte même; quoique ces preuves fussent tirées d'autres actes et du concours de différentes circonstances. Le sieur Paulée s'est pourvu en cassation contre cet arrêt; mais quelle a été l'issue de son recours? Vous l'avez rejeté, le 27 frimaire an 13, au rapport de M. Oudot, *attendu que l'art. 7 du tit. 4 de l'ordonnance de 1773, en disposant que les associés sont obligés solidairement, lorsque l'un d'eux a signé,* S'IL A SIGNÉ POUR LA COMPAGNIE, ET NON AUTREMENT, *n'a pas restreint la preuve que la signature a été donnée au nom de la compagnie, à la formule usitée parmi les négocians, et qui consiste à ajouter à leur nom ces mots,* ET COMPAGNIE; *que cette disposition n'a pas exclu les autres preuves résultant des actes ou des circonstances, pour établir que*

celui qui a signé son nom seul, a agi pour la compagnie, ou que les objets fournis ont tourné au profit de la Société ; attendu que la cour d'appel s'est déterminée d'après des preuves de ce genre ; et qu'en cela, elle n'a pas violé l'article cité de l'ordonnance de 1673».

»Et à combien plus forte raison la cour d'appel de Pau n'a-t-elle pas dû juger de même dans l'espèce actuelle, où, pour établir que Jean-Baptiste Pouyet a contracté au nom de la Société de commerce dont il était membre, il ne faut pas sortir de l'acte du 3 septembre 1806; où l'acte du 3 septembre 1806 énonce lui-même, dans les termes les plus formels, que Jean-Baptiste Pouyet a contracté pour sa Société, et que c'est pour sa Société qu'il a signé!

» Mais, dit-on encore, si l'on a pu juger ainsi sous l'ordonnance de 1673, il faudra donc que l'on juge de même sous le Code de commerce; et cependant le Code de commerce condamne bien clairement cette manière de juger, puisqu'il porte, art. 22, que *les associés en nom collectif indiqués dans l'acte de Société, sont solidaires pour tous les engagemens de la Société, encore qu'un seul des associés ait signé*, POURVU QUE CE SOIT SOUS LA RAISON SOCIALE.

Deux réponses.

» 1° De ce que l'arrêt attaqué par la veuve Pouyet, ne pourrait pas se concilier avec l'art. 22 du Code de commerce, il ne s'ensuivrait nullement qu'il ne fût pas conforme à l'art. 7 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673; et il suffirait, non-seulement qu'il y fût conforme, mais même qu'il ne le violât pas ouvertement, pour qu'il fût à l'abri de la cassation.

» 2° Qu'est-ce qui empêcherait que, même sous le Code de commerce, on ne jugeât comme l'a fait ici la cour de Pau? Sans doute, il faut, pour obliger solidairement tous les associés en nom collectif, que l'associé contractant ait signé *sous la raison sociale*. Mais ne signe-t-il pas sous la raison sociale, lorsqu'au lieu d'énoncer la raison sociale à la suite de l'acte, il l'énonce dans le corps de l'acte même? Énoncer dans le corps d'une obligation, qu'on la contracte pour la Société portant telle raison, n'est-ce pas évidemment et nécessairement déclarer que la signature dont on va la revêtir, équipollera aux signatures de tous les associés? N'est-ce pas évidemment et nécessairement la même chose que signer sous la raison sociale?

» Nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête en cassation, et de condamner la demanderesse à l'amende de 150 francs».

Par arrêt du 21 août 1811, au rapport de M. Oudard,

« Attendu, 1° que Jean-Jacques Pouyet a été reconnu n'avoir, par aucun acte postérieur à l'appel de la demanderesse, acquiescé formellement au jugement de première instance; et qu'en appelant de ce jugement, la demanderesse avait rendu à Jean-Jacques Pouyet le droit d'en appeler lui-même;

»2° Que l'art. 7 du tit. 4 de l'ordonnance de 673, qui avait déterminé dans quelle forme un associé en matière de commerce pouvait, par sa signature, obliger ses co-associés, n'a dérogé à aucune des dispositions générales des lois sur la preuve des obligations, sur les commencemens de preuve par écrit, et sur les présomptions;

» Attendu qu'en jugeant que, par des clauses positives de l'acte du 3 septembre 1806, Jean-Baptiste Pouyet avait obligé la demanderesse, son associée, la cour d'appel n'a violé aucune loi;

» La cour rejette le pourvoi....».

III. On a vu plus haut, sect. 2, §. 3, art. 2, qu'aux termes de l'art. 26 du Code de commerce, qui n'est en cela que l'écho de l'art. 8 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, « l'associé » commanditaire n'est passible des pertes, que » jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou » dû mettre dans la Société ».

Résulte-t-il de là, comme l'a cru Pothier, *Traité du contrat de Société*, chap. 6, §. 2, que l'associé commanditaire ne peut, dans aucun cas, être actionné par les créanciers de la Société?

Non, il en résulte seulement que l'associé commanditaire est quitte envers les créanciers de la Société, en leur abandonnant sa mise. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Société*, §. 2.

Mais le commanditaire est-il tenu de contribuer aux pertes dans la proportion des bénéfices qu'il a pu retirer précédemment de la Société?

On a soutenu l'affirmative dans le conseil d'état, lors de la discussion de l'article dont il s'agit; et l'on a même demandé qu'il en fût inséré une disposition expresse dans cet article.

On la fondait, dit M. Locré (*Esprit du Code de commerce*, tome 1, page 132, d'après le procès verbal de la séance du 14 février 1807), « sur la justice dûe au gérant qui pour » rait porter tout le poids d'une année mal- » heureuse, quoiqu'il n'ait eu qu'une faible » part aux bénéfices, peut-être considérables, » des années précédentes; sur la justice due » aux créanciers qui, ignorant la part qu'a le

» gérant de la Société, ont, pu, trompés par les » apparences, lui ouvrir un crédit supérieur » à ses moyens ; sur l'intérêt de favoriser » les Sociétés en commandite, auxquelles la » disposition pourrait faire perdre tout cré- » dit. »

On a répondu « que les bénéfices passés sont » réputés consommés ; qu'adopter la proposi- » tion, ce serait changer la condition du com- » manditaire, laquelle consiste essentielle- » ment à ne pouvoir perdre plus que les fonds » qu'il a mis en Société ; qu'on dégoûterait » les capitalistes des Sociétés en commandite, » parce qu'aucun d'eux ne voudrait s'exposer » à rapporter, peut-être après dix ans, le di- » vidende qui a servi à pourvoir à ses dépenses » journalières, à ses besoins ; que le système » de l'article existait déjà, et que néanmoins » les Sociétés en commandite obtenaient du » crédit. »

La question s'est présentée depuis à la cour de cassation, sur le recours du sieur Cardon, contre un arrêt de la cour d'appel de Rouen, du 14 décembre 1807, qui, entr'autres dispositions, l'avait condamné à rapporter aux créanciers d'une Société dans laquelle il avait été commanditaire, 1° les intérêts qui lui avaient été payés de sa mise dans cette Société ; 2° les bénéfices qu'il avait retirés de cette même Société, avant qu'elle fut dissoute ; et voici comment il a été statué, le 14 février 1810, au rapport de M. Gandon ;

« Sur le moyen dirigé contre la condamnation à rapporter, avec intérêts, la somme de 15.000 francs touchée par Cardon, pour les intérêts de sa mise pendant les quatre derniers mois de l'an 10, les 12 mois de l'an 11, et les quatre premiers mois de l'an 12,

» Vu l'art. 8 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673,

» Considérant que les mots *leur part*, dont se sert l'ordonnance, signifient *leur mise*, ainsi que le dit plus clairement le nouveau Code de commerce, art. 26 ;

» Que le pacte social du 25 brumaire an 10 contenait une stipulation expresse que chaque associé prélèverait les fonds de sa mise, à raison de six pour cent ;

» Que cette clause est usitée, pour ne pas dire générale : qu'il en résulte pour chaque associé, une créance sur la Société, à raison de laquelle il a les mêmes droits que les autres créanciers ;

» Qu'il serait effrayant et contraire au bien du commerce, de faire courir à des commanditaires le risque de rapporter plusieurs années d'intérêts, dont le prélèvement aurait été stipulé, fait légitimement et consommé de bonne foi ;

» Que ce serait obliger le commanditaire au-delà de sa mise qu'il aurait toujours laissée entière dans la Société, et qu'il ne se serait obligé de fournir qu'avec la condition d'en retirer l'intérêt ;

» Que, dans l'espèce, les vingt mois d'intérêts dont il s'agit, ont été payés le 19 frimaire an 12, en traites acquittées en pluviôse et ventôse suivans, tandis que la Société jouissait de la plénitude de son crédit :

» Sur le moyen dirigé contre la condamnation à rapporter, avec intérêts, la somme de 26,046 francs pour les bénéfices partagés, d'après l'inventaire arrêté au 30 fructidor an 10,

» Considérant, ainsi qu'il vient d'être dit sur le chef précédent, qu'un commanditaire n'est tenu de courir le risque que de la mise qu'il s'est obligé de fournir ;

» Que, dans l'espèce, il avait été stipulé par le pacte social, art. 14, que chaque intéressé aurait le droit de prélever, à chaque inventaire, sa part des bénéfices acquis ;

» Que Cardon a retiré les bénéfices dont il s'agit le 19 frimaire an 12, temps, auquel la Société jouissait de tout son crédit ;

» Considérant de plus que, lors de la discussion au conseil d'état de l'art. 26 du nouveau Code de commerce, qui répète la disposition de l'art. 8 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, il fut proposé d'ajouter que le commanditaire fût tenu de contribuer aux pertes, dans la proportion des bénéfices qu'il aurait précédemment faits ; que cette proposition fut combattue comme une innovation dangereuse, et qu'elle fut retirée ; qu'en conséquence, lors de la présentation des premiers titres de ce Code au corps législatif, l'orateur du gouvernement dit que les commanditaires ne sont jamais passibles que de la perte des fonds qu'ils ont mis ou dû mettre dans la Société ;

» Qu'il résulte de cet esprit bien connu du législateur, qu'un commanditaire qui a reçu de bonne foi des bénéfices acquis, et qui peut les avoir consommés, ne doit pas être soumis à en faire le rapport ; que la seule ressource des créanciers qui prétendraient ce rapport, serait de prouver qu'il n'existait point de bénéfices à l'époque où on en aurait supposé pour en faire le partage ;

» Que, dans l'espèce, cette preuve n'a point été faite ; et qu'ainsi le moyen, proposé par Cardon, est à juger en point de droit ;

» La cour, vidant le délibéré prononcé dans son audience du 7 de ce mois, casse l'arrêt rendu par la cour d'appel de Rouen, le 14 décembre 1807, 1° en ce qu'il condamne Car-

don à rapporter, avec intérêts, la somme par lui reçue pour vingt mois d'intérêts de sa mise; 2° en ce qu'il le condamne à rapporter, avec intérêts, les bénéfices par lui retirés, conformément à l'inventaire arrêté au 30 fructidor an 10.... ».

IV. Ce que nous venons de dire de l'associé commanditaire, il faut le dire également de l'associé anonyme. *V.* ci-devant, sect. 2, §. 3, art. 3, les dispositions des art. 32 et 33 du Code de commerce.

V. A l'égard des associés en participation, il est un cas où ils s'obligent les uns les autres envers les tiers : c'est comme je l'ai établi dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Société*, §. 2, lorsque la chose pour laquelle a été contractée l'obligation, a tourné au profit de la Société. Mais ce cas est le seul.]]

§. II. *Des obligations des associés entre eux.*

I. Le contrat de Société établit entre les associés diverses obligations respectives, qui donnent lieu à l'action appelée en droit *pro socio*, que chaque associé peut exercer selon les circonstances.

Ces obligations consistent principalement,

1° En ce que chaque associé doit mettre en Société ce qu'il a promis d'y apporter;

2° En ce qu'il doit faire raison à ses associés, de ce qu'il a tiré du fonds commun pour ses affaires particulières;

3° En ce qu'il est tenu de réparer le dommage qu'il a occasionné par sa faute à la Société;

[4° En ce qu'il doit faire raison à la Société de tout ce qu'il a touché comme associé;

5° En ce qu'à son tour, la Société doit lui faire raison de tout ce qu'il a déboursé et de tout ce à quoi il s'est obligé pour elle;

6° En ce que, dans le cas où il n'a pas été pourvu par une convention spéciale à la manière d'administrer la Société, chacun des associés est lié par les actes d'administration que les autres ont faits.]

[[II. « Chaque associé (porte l'art. 1845 du » Code civil) est débiteur envers la Société, » de tout ce qu'il a promis d'y apporter; lors- » que cet apport consiste en un corps certain, » et que la Société en est évincée, l'associé » en est garant envers la Société de la même » manière qu'un vendeur l'est envers son » acheteur ».]]

Lorsque les corps certains et déterminés, qu'un associé a promis de mettre dans la Société, viennent à périr sans la faute de cet associé et avant qu'il ait été constitué en demeure de remplir son obligation, la perte tombe sur la Société. C'est une suite de la règle *res perit domino*. C'est ce que rendra sensible l'exemple suivant.

Je me suis associé avec vous pour faire un commerce de blé en détail; et par l'acte passé entre nous, j'ai mis en Société cinquante setiers de blé que j'avais dans mon grenier : de votre côté, vous avez promis de faire porter dans mon grenier une pareille quantité de setiers de blé, provenant de la ferme que vous faites exploiter, et que j'ai reconnu être dans les greniers de cette ferme. Il est ensuite arrivé que le tonnerre est tombé sur votre ferme, qui a été incendiée avec le blé, avant que je vous eusse mis en demeure de le faire porter dans mon grenier. On ne peut douter, dans ce cas, que cette perte ne doive être supportée par la Société, puisque le blé incendié par force majeure, lui appartenait, et par conséquent que vous ne soyez quitte de l'obligation que vous aviez contractée.

Mais il en serait différemment, si, avant l'accident, je vous avais mis en demeure, par une sommation judiciaire, de remplir votre obligation : il est évident qu'en ce cas, vous seriez tenu de la perte, puisqu'elle n'aurait eu lieu que faute par vous d'avoir fait conduire le blé dans le temps où vous auriez été sommé de le faire.

[[L'art. 1847 du Code civil porte que « les » associés qui se seront soumis à apporter » leur industrie à la Société, lui doivent comp- » te de tous les gains qu'ils ont faits par l'es- » pèce d'industrie qui est l'objet de cette So- » ciété ».]]

Quand la chose qu'un associé a promis de mettre en Société, produit des fruits, il est, non-seulement débiteur de cette chose, mais encore de tous les fruits qu'il en a perçus depuis qu'elle a dû être mise en Société. C'est ce qui résulte de la loi 38, §. 9, D. *de usuris* : *in Societatibus fructus communicandi sunt.*

Si la chose que l'associé a promis de mettre en Société, est une somme d'argent, il en doit les intérêts à compter du jour que les associés l'ont mis en demeure de remplir son obligation.

[[Mais il paraît plus conforme à l'esprit de la loi 1, §. 1, D. *pro socio*, de faire, en ce cas, courir les intérêts du jour où l'associé a dû verser la somme dans la caisse sociale; et telle est aussi la disposition expresse de l'art. 1846 du Code civil : « L'associé qui devait apporter » une somme dans la Société, et qui ne l'a » point fait, devient, de plein droit et sans » demande, débiteur des intérêts de cette

» somme, à compter du jour où elle devait » être payée ».]]

III. Lorsqu'un associé a tiré quelque chose du fonds commun, une somme d'argent, par exemple, pour l'employer à ses affaires particulières, il doit la rapporter à la masse commune; et par conséquent il en est débiteur envers la Société, ainsi que des intérêts.

[[C'est ce que décide la loi 1, §. 1, D. *de usuris*, que nous citions tout à l'heure. *Socius*, dit-elle, *si pecuniam communem invaserit vel in suos usus converterit, omnimodò, etiam morâ non interveniente, præstabuntur usuræ.*

Remarquons ces termes, *etiam morâ non interveniente* : il en résulte clairement que, de plein droit, et sans demande même extrajudiciaire, l'associé qui s'approprie des fonds sociaux, en doit les intérêts à l'instant même. Aussi l'art. 1846 du Code civil porte-t-il qu'il les doit, *à compter du jour où il a tiré* ces sommes de la caisse sociale, *pour son profit particulier.*

Le même article ajoute que, dans ce cas comme dans le précédent, les intérêts ne sont dus que « sans préjudice de plus amples dom» mages-intérêts, s'il y a lieu »; ce qui forme une exception à la règle générale établie par l'art. 1153, et dont il est parlé sous les mots *Dommages-intérêts*, n° 4.]]

IV. Chaque associé devant réparer le dommage qu'il a occasionné par sa faute à la Société, il doit être considéré comme débiteur de la Société, jusqu'à concurrence du montant de l'estimation de ce dommage. [[« Cha» que associé (dit le Code civil, art. 1850) est » tenu envers la Société, des dommages qu'il » lui a causés par sa faute, sans pouvoir com» penser avec ces dommages les profits que son » industrie lui aurait procurés dans d'autres » affaires ».]]

Mais quelle est l'espèce de faute qui peut l'assujétir à réparer ces dommages? C'est la faute ordinaire, et non la faute légère. On ne peut exiger de lui que les soins dont il est capable et qu'il apporte à ses propres affaires : s'il n'a pas les vues aussi étendues qu'il faudrait pour faire prospérer les affaires communes, c'est à ses associés à s'imputer de l'avoir admis parmi eux; et on ne doit pas le rendre responsable d'un défaut de succès, parce qu'il n'a pas eu la prévoyance qu'ont dans leurs affaires les plus habiles pères de famille. C'est ce qui résulte de la loi 72, D. *pro Socio* : *culpa non ad exactiorem diligentiam rediguda est; sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parùm diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet.*

[[V. L'obligation qui est imposée à chaque associé, de faire raison à la Société de tout ce qu'il a touché comme associé, a donné lieu aux dispositions contenues dans les deux articles suivans du Code civil:

« 1848. Lorsqu'un des associés est, pour son compte particulier, créancier d'une somme exigible envers une personne qui se trouve aussi devoir à la Société une somme également exigible, l'imputation de ce qu'il reçoit de ce débiteur, doit se faire sur la créance de la Société et sur la sienne, dans la proportion des deux créances, encore qu'il eût, par sa quittance, dirigé l'imputation intégrale sur sa créance particulière; mais s'il a exprimé dans sa quittance, que l'imputation serait faite en entier sur la créance de la Société, cette stipulation sera exécutée.

« 1849. Lorsqu'un des associés a reçu sa part entière de la créance commune, et que le débiteur est depuis devenu insolvable, cet associé est tenu de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu, encore qu'il eût spécialement donné quittance *pour sa part* ».]]

VI. Lorsqu'un associé a déboursé des deniers pour les affaires de la Société, ou qu'il a contracté pour elle quelques obligations, il doit en être indemnisé par ses associés.

Il doit pareillement être indemnisé des risques qu'il a courus et du préjudice qu'il a éprouvé, lorsqu'il était une suite nécessaire de sa gestion, attendu que le bénéfice de cette gestion devant être pour la Société seule, il est juste qu'elle en supporte le dommage.

[[« Un associé (porte l'art. 1852 du Code » civil) a action contre la Société, non-seule» ment à raison des sommes qu'il a déboursées pour elle, mais encore à raison des » obligations qu'il a contractées de bonne foi » pour les affaires de la Société, et des risques » inséparables de sa gestion ».]]

Ce que nous venons de dire a donné lieu, chez les jurisconsultes romains, à la question de savoir si l'un des associés ayant été blessé par des esclaves qu'il voulait empêcher de prendre la fuite, lorsqu'il les conduisait à la foire pour les vendre au profit de la Société, était fondé à demander que ses associés l'indemnisent des frais de pansemens et médicamens occasionnés par sa blessure?

Labéon, chef de l'école des Proculéiens, soutenait la négative, sur le fondement que ces

frais n'avaient point eu lieu pour les affaires de la Société, qui n'en avait été que la cause occasionnelle.

Julien, au contraire, qui était de l'école des Sabiniens, soutenait l'affirmative; il se fondait sur ce que le risque couru par l'associé, était un risque inséparable de la conduite des esclaves, et qu'il n'avait couru ce risque que pour les affaires de la Société. Ce sentiment a prévalu.

C'est sur le même fondement que la loi 52, §. 4, D. *pro socio*, décide que, si un associé voyageant pour les affaires de la Société, a été attaqué par des voleurs qui l'ont volé et ont blessé ses domestiques, la Société doit l'indemniser de ce qu'on lui a volé et de ce qu'il a payé pour faire guérir ses domestiques.

Remarquez, toutefois, que la Société ne devant être tenue que des risques qui sont inséparables de la gestion de ses affaires, l'indemnité à laquelle elle est obligée, dans l'espèce qu'on vient de retracer, ne peut pas être étendue au-delà du vol de ce qu'il était nécessaire que l'associé portât avec lui pour son voyage. Il suit-delà que, si l'associé a porté avec lui plus d'argent qu'il ne lui en fallait pour remplir son objet, la Société ne lui doit aucune indemnité pour le vol de ce superflu.

[[Aux risques de qui sont les choses dont un associé a apporté la jouissance dans la Société? L'art. 1851 du Code civil distingue:

« Si les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la Société, sont des corps certains et déterminés, qui ne se consomment point par l'usage, elles sont aux risques de l'associé propriétaire.

» Si ces choses se consomment, si elles se détériorent en les gardant, si elles ont été destinées à être vendues, ou si elles ont été mises dans la Société sur une estimation portée par un inventaire, elles seront aux risques de la Société.

» Si la chose a été estimée, l'associé ne peut répéter que le montant de son estimation ».

VII. Quant à la question de savoir jusqu'à quel point chaque associé est lié par les actes d'administration de ses associés, voici comment le Code civil la décide:

« Art. 1859. A défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration (stipulations dont il est parlé ci-dessus, sect. 4), l'on suit les règles suivantes:

» 1° Les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Ce que chacun fait, est valable même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement, sauf le droit qu'ont ces derniers ou l'un d'eux de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue.

» 2° Chaque associé peut se servir des choses appartenant à la Société, pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage et qu'il ne s'en serve pas contre les intérêts de la Société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit.

» 3° Chaque associé a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses de la Société.

» 4° L'un des associés ne peut faire d'innovations sur les immeubles dépendans de la Société, même quand il les soutiendrait avantageuses à cette Société, si les autres associés n'y consentent.

» 1860. L'associé qui n'est point administrateur, ne peut aliéner ni engager les choses même mobilières qui dépendent de la Société».

§. III. *Actions qui naissent du contrat de Société. Manière de les poursuivre, de les juger et de les prescrire.*

I. Les actions qui résultent du contrat de société, au profit des créanciers de la société elle-même, offrent deux particularités.

La première est que, suivant l'art. 59 du Code de procédure civile, le défendeur doit être « assigné..., en matière de société, *tant* » *qu'elle existe*, devant le juge du lieu où elle » est établie ».

De ces mots, *tant qu'elle existe*, s'ensuit-il qu'un particulier poursuivi comme associé, par les créanciers de la société, devant le tribunal du lieu où siége l'établissement social, doit, en produisant l'acte par lequel cette société a été dissoute à son égard, antérieurement aux titres de créance, obtenir son renvoi devant son juge domiciliaire, même pour faire juger si cet acte de dissolution est valable ou nul?

Le 4 floréal an 12, le sieur Cardon, domicilié à Paris, se retire de la Société des sieurs Godet et Delépine, négocians à Rouen, dans laquelle, comme on l'a vu plus haut, §. 1, n° 4, il était entré en l'an 10, avec la qualité de commanditaire; et il reprend sa mise montant à 150,000 francs. L'acte de dissolution est, non seulement fait triple entre les parties et sous seing-privé, mais enregistré le même jour, ce qui en constate authentiquement la date.

Le 22 germinal an 13, faillite des sieurs Godet et Delepine: dans leur bilan, silence absolu sur le sieur Cardon.

Le 17 septembre 1806, ceux des créanciers des faillis qui n'ont contracté avec eux que depuis le 4 floréal an 12, font assigner le sieur Cardon devant le tribunal de commerce de Rouen, pour s'y voir condamner personnellement, en sa qualité d'associé commanditaire, à rapporter les 150,000 francs qu'il a retirés de la caisse sociale, avec intérêts, etc. Le sieur Cardon excipe de son acte du 4 floréal an 12, et demande son renvoi devant les juges de son domicile.

Les créanciers soutiennent que l'acte du 4 floréal an 12 est nul, et qu'il n'a pas dissout la Société, même à l'égard du sieur Cardon.

Le sieur Cardon est débouté de son déclinatoire, et se pourvoit devant la cour de cassation, en réglement de juges.

» Il est certain, dit-il, que l'action intentée contre moi, est personnelle; et une chose non moins constante, c'est que les actions personnelles ne peuvent, hors des cas exceptés formellement par la loi, être intentées ailleurs que devant les juges domiciliaires des défendeurs. J'ai donc pour moi la règle générale; et quelle exception peut-on m'opposer? Il n'y en a qu'une : c'est celle qui est établie par l'art. 59 du Code de procédure civile. Mais 1° ce Code n'est pas encore en activité, et ne le sera qu'au premier janvier 1807; 2° suivant l'art. 59 de ce Code, l'ajournement, en matière de Société, ne peut être donné devant le juge du lieu où elle est établie, que *tant qu'elle existe;* or, la Société dont il s'agit, n'existe plus par rapport à moi; j'ai cessé d'en être membre, avant même que mes adversaires en devinssent les créanciers. Mes adversaires prétendent, il est vrai, faire juger que je suis encore associé.

» Mais l'acte de dissolution que je produis, subsiste; tant qu'il ne sera pas annulé, on ne pourra pas m'attribuer une qualité qu'il exclud, ni me soumettre à une juridiction qu'il me donne le droit de décliner».

Par arrêt du 10 décembre 1806, au rapport de M. Henrion,

« Attendu que l'acte de dissolution de la Société ne constitue, en faveur du sieur Cardon, qu'une *exception* à la demande formée contre lui au tribunal de commerce de Rouen;

» Attendu que le juge de *l'action* est incontestablement juge de *l'exception;*

» La cour rejette le pourvoi.... ».

La seconde particularité est que, pour assigner valablement une Société de commerce, il suffit de la désigner dans l'exploit par la dénomination qu'elle prend elle-même dans le public, sans qu'il soit nécessaire d'y spécifier le nom individuel d'aucun de ses membres.

Le 28 février 1807, la régie de l'enregistrement fait donner assignation, devant le tribunal civil du département de la Seine, *aux entrepreneurs des messageries générales, demeurant à Paris, rue du Bouloy, ancien établissement de St.-Simon, en son domicile, parlant à un commis trouvé dans le bureau, lequel n'a voulu dire son nom, de ce interpellé,* à l'effet de se voir condamner à une amende de 25 francs qu'ils ont encourue, d'après la loi du 6 prairial an 7, sur le timbre, pour avoir distribué dans des lieux publics, un avis imprimé sur papier libre, ainsi conçu : *Etablissement des messageries générales, ancien établissement de St.-Simon, depuis le 1er. novembre 1806; les voitures pour Bruxelles*, etc.

Le 10 juillet suivant, jugement qui donne défaut contre les assignés, et néanmoins, vu l'art. 61 du Code de procédure civile, portant que *l'exploit d'ajournement contiendra... les noms et demeures des défendeurs*, déclare la régie non-recevable dans sa demande, « attendu que l'assignation donnée, le 28 février, » aux entrepreneurs des messageries générales » de la rue du Bouloy, ne contient le nom d'aucun des entrepreneurs assignés, comme contrevenant à la loi du 6 prairial an 7, relative » au timbre; que d'ailleurs on ne peut, dans aucun cas, assigner des sociétaires en nom collectif, sans énoncer au moins un d'entr'eux; » enfin que dans l'espèce, le nom d'aucun des » contrevenans n'est légalement connu »

La régie se pourvoit en cassation contre ce jugement, et le dénonce comme contraire à l'art. 69 du Code de procédure civile, lequel porte que « seront assignés.... les administrateurs ou établissemens publics, en leurs » bureaux, dans le lieu où réside le siége de » de leur administration....; les Sociétés de » commerce, tant qu'elles existent, en leur » maison sociale; et s'il n'y en a pas, en la » personne ou au domicile de l'un des associés ».

Les entrepreneurs répondent que cet article ne dispose que pour les lieux où l'assignation doit être donnée; qu'il ne dit pas si une entreprise ou Société peut être assignée sans qu'aucun individu soit nommé dans l'exploit; qu'il laisse donc dans toute sa généralité la disposition de l'art. 61, sur lequel est fondé le jugement du tribunal de Paris.

Par arrêt du 21 novembre 1808, au rapport de M. Botton de Castellamonte,

« Vu les art. 61 et 69 du Code de procédure;

» Et attendu que, dans l'avis imprimé

sur papier libre dont il s'agit, concernant les jours du départ des voitures pour Bruxelles et toute la Flandre, l'établissement des défendeurs est intitulé : *Etablissement des messageries générales, rue du Bouloy, ancien établissement de St. Simon ;*

» Que le procès-verbal et le mémoire de la régie ont été signifiés *au susdit établissement*, parlant à un commis *trouvé dans le bureau, lequel n'a voulu dire son nom ;*

» Que le seul motif qui a déterminé le tribunal de Paris à annuler l'exploit en question, est pris de ce qu'il ne contenait le nom d'aucun des entrepreneurs ou des sociétaires;

» Attendu que cette désignation n'est point exigée par les art. 61 et 69 du Code de procédure, soit que l'on envisage l'entreprise des défendeurs comme un établissement public qui a un siége d'administration, soit qu'on le considère comme une Société de commerce, qui a une maison sociale ;

» D'où il suit que le tribunal de Paris a commis un excès de pouvoir, en créant une nullité que la loi ne prononce pas ;

» La cour casse et annulle... ».]]

II. Les obligations qui résultent du contrat de Société à l'égard des associés entr'eux, donnent lieu à l'action *pro socio*, que chaque associé a contre ses associés pour faire exécuter ce qui est convenu.

Cette action ne peut être exercée relativement au partage du fonds de la Société, que quand la Société se dissout ; et c'est en cela que la loi dit, *actione solvitur Societas ;* mais on peut l'exercer, relativement aux autres objets, tandis que la Société dure. On peut, par exemple, exiger que celui des associés qui retient tous les bénéfices faits par la Société, en fasse part à ses associés, etc.

Il est particulier à l'action *pro socio*, qu'en quelque circonstance qu'elle soit intentée, chacune des parties litigantes peut demander que la cause et les parties soient renvoyées devant des arbitres, pour régler toutes leurs contestations relativement à la Société contractée entre elles. Cette jurisprudence a été introduite afin que les contestations pussent être terminées promptement et sommairement. En conséquence, l'art. 9 du tit. 4 de l'ordonnance du commerce de 1673 veut que, dans tous les actes de Société, les contractans stipulent qu'ils se soumettront à des arbitres pour faire décider les contestations qui pourront survenir entr'eux. Le législateur a regardé cette clause comme si essentielle, qu'il a ordonné qu'en cas d'omission, elle serait suppléée; c'est pourquoi, il a autorisé tout associé à nommer un arbitre en cas de contestation, et à obliger ses associés d'en nommer de leur part; sinon et à leur refus, à en faire nommer d'office pour eux par le juge des lieux.

Si l'un des arbitres vient à mourir ou à s'absenter pour long-temps, l'art. 10 du titre cité veut que la partie qui l'a nommé, en nomme un autre à sa place, ou le juge, à son refus.

Quand les arbitres sont divisés d'opinion, ils peuvent, sans le consentement des associés, nommer un sur-arbitre; et s'ils ne sont pas d'accord sur ce point, le juge en doit nommer un. C'est ce qui résulte de l'art. 11.

L'art. 12 veut que les arbitres puissent juger sur les pièces et mémoires qui leur ont été remis, sans aucune formalité de justice et nonobstant l'absence de quelqu'une des parties.

Les sentences rendues par ces arbitres, doivent, suivant l'art. 13, être homologuées à la juridiction consulaire, s'il y en a une dans le lieu, sinon dans la juridiction ordinaire, soit qu'elle soit royale ou seigneuriale.

[[Toutes ces dispositions sont renouvelées en ces termes par le Code de commerce :

« Art. 51. Toute contestation entre associés, et pour raison de la Société, sera jugée par des arbitres.

» 52. Il y aura lieu à l'appel du jugement arbitral ou au pourvoi en cassation, si la renonciation n'a pas été stipulée. L'appel sera porté devant la cour d'appel.

» 53. La nomination des arbitres se fait, par un acte sous signature privée, par acte notarié, par acte extrajudiciaire, par un consentement donné en justice.

» 54. Le délai pour le jugement est fixé par les parties, lors de la nomination des arbitres ; et, s'ils ne sont pas d'accord sur le délai, il sera réglé par les juges.

» 55. En cas de refus de l'un ou de plusieurs des associés de nommer des arbitres, les arbitres sont nommés d'office par le tribunal de commerce.

» 56. Les parties remettent leurs pièces et mémoires aux arbitres, sans aucune formalité de justice.

» 57. L'associé en retard de remettre ses pièces et mémoires, est sommé de le faire dans les dix jours.

» 58. Les arbitres peuvent, suivant l'exigence des cas, proroger le délai pour la production des pièces.

» 59. S'il n'y a renouvellement de délai, ou si le nouveau délai est expiré, les arbitres jugent sur les seules pièces et mémoires remis.

» 60. En cas de partage, les arbitres nomment un sur-arbitre, s'il n'est nommé par le

compromis ; si les arbitres sont discordans sur le choix, le sur-arbitre est nommé par le tribunal de commerce.

» 61. Le jugement arbitral est motivé. Il est déposé au greffe du tribunal de commerce. Il est rendu exécutoire sans aucune modification, et transcrit sur les registres, en vertu d'une ordonnance du président du tribunal, lequel est tenu de la rendre pure et simple, et dans le délai de trois jours du dépôt au greffe.

» 62. Les dispositions ci-dessus sont communes aux veuves, héritiers ou ayant-cause des associés.

» 63. Si des mineurs sont intéressés dans une contestation pour raison d'une Société commerciale, le tuteur ne pourra renoncer à la faculté d'appeler du jugement arbitral ».

Il résulte du deuxième de ces articles, une différence très-remarquable entre les jugemens arbitraux en matière ordinaire, et les jugemens arbitraux en matière de Société de commerce : c'est que ceux-ci peuvent être attaqués directement par la voie de cassation, tandis que, suivant l'art. 1028 du Code de procédure civile, « il ne pourra y avoir recours » en cassation que contre des jugemens des » tribunaux rendus, soit sur requête civile, » soit sur l'appel d'un jugement arbitral ».

Pourquoi cette différence ? C'est, disait M. Cambacérès, à la séance du conseil d'état, du 19 février 1807, « qu'il ne peut pas y avoir » d'assimilation entre le Code de commerce » et le Code de procédure civile, parceque » la matière n'est pas la même. Dans les con» testations civiles, personne n'est obligé de » se retirer devant des arbitres ; dans les con» testations de commerce, au contraire, l'ar» bitrage est forcé : cette différence oblige de » varier les dispositions ».

V. les articles *Arbitrage*, *Compromis et Dernier ressort*.

II°. Les contestations qui s'élèvent entre des associés en participation, sont-elles comme les contestations entre associés ordinaires, soumises à l'arbitrage forcé ?

Il avait existé, entre la maison Gramont, Chegaray et compagnie, de Bordeaux, et la maison Barillon et compagnie, de Paris, diverses *associations commerciales en participation*. Il en avait notamment été formé une en 1802, pour l'achat et la revente du navire l'*Oncle Thomas*.

Le sixième jour complémentaire an 11, la maison Gramont, Chegaray et compagnie adresse à la maison Barillon et compagnie six comptes des opérations qui ont été faites à leurs risques et profits communs ; et elle y joint un *résumé général* qui établit, en sa faveur, un solde de 244,058 francs 80 centimes.

Le 31 décembre 1807, la maison de Bordeaux adresse à celle de Paris un nouveau compte courant.

Par l'art. 1er de ce nouveau compte, la maison de Paris est débitée du solde du *résumé général* des comptes précédens.

Elle l'est également, dans la colonne des intérêts, de 63,455 francs 29 centimes pour les intérêts que ce solde a produits, depuis le sixième jour complémentaire an 11.

Enfin, par la balance de ce même compte, la maison de Bordeaux se trouve créancière de celle de Paris, d'une somme de 51,919 francs 92 centimes.

La maison de Paris réclame contre divers articles de ce compte et du *résumé général* dont il est la suite ; elle prétend, entr'autres choses, que mal-à-propos la maison de Bordeaux l'a débitée d'un tiers d'intérêt pour les réparations, l'armement et la cargaison du navire l'*Oncle Thomas*.

En réponse à ces réclamations, la maison de Bordeaux arrête, sous la date du 30 septembre 1810, un nouveau compte qui rectifie, en plusieurs points, les comptes précédens, ainsi que le *résumé général* du sixième jour complémentaire an 11 ; et le 4 octobre suivant, elle l'adresse à la maison de Paris.

La maison de Paris persistant dans ses réclamations, et notamment dans celle qui est relative au navire l'*Oncle Thomas*, les parties nomment un arbitre pour statuer sur ce dernier objet.

Le 6 mai 1811, jugement arbitral qui déclare que la maison de Paris ne doit être débitée, pour cet objet, que de 26,062 francs 37 centimes.

Ce jugement donne lieu à de nouvelles difficultés ; et pour y mettre fin, les parties signent, les 20 et 26 juillet et 20 août suivant, un compromis par lequel, « voulant éviter entre » elles de nouvelles contestations, nomment » pour *arbitre*, *arbitrateur et amiable com*» *positeur*, M. Daniel Guestier, négociant à » Bordeaux et président du tribunal de com» merce de ladite ville ; lui donnent pouvoir » de régler la somme dont les sieurs Barillon et » compagnie doivent être débités ou crédités » pour le navire l'*Oncle Thomas*, en exécution » du jugement arbitral du 6 mai dernier ; de » vérifier, apurer et liquider les comptes gé» néraux rendus par la maison Gramont aux » sieurs Barillon et compagnie, jusqu'au 30 » septembre 1810, et tous les comptes particu» liers qui forment les pièces à l'appui desdits » comptes généraux ; enfin, de balancer et,

» arrêter la situation actuelle des deux mai-» sons relativement auxdits comptes particu-» liers et généraux; dispensent M. Guestier » de suivre les formes et les délais de la procé-» dure, l'autorisent à prononcer sur les pièces » qui lui seront remises par l'une des parties » dans le cas où l'une n'en produirait pas; et » promettent d'acquiescer à sa décision, sans » appel, recours en requête civile ni pourvoi » en cassation ».

En exécution de ce compromis, les parties produisent, devant le sieur Guestier, leurs comptes respectifs, avec les pièces justificatives.

La maison Barillon se prétend créancière d'une somme de 128,905 francs 2 centimes, et réclame en outre sa part des produits de la vente du navire l'*Oncle Thomas*, ainsi que des marchandises dont il était chargé.

La maison Gramont soutient ne devoir que la somme de 59,427 francs 99 centimes, et elle en fait l'offre.

Le 11 janvier 1812, sentence dont le dispositif est ainsi conçu :

» Je arbitre, arbitrateur et amiable compositeur soussigné, faisant droit aux parties, déclare les sieurs Gramont, Chegaray et compagnie débiteurs de la somme de 93,666 francs 48 centimes, *pour solde du compte courant transcrit à la suite du présent jugement;* en conséquence, condamne lesdits sieurs Gramont, Chegaray et compagnie à payer auxdits sieurs Barillon et compagnie la susdite somme de 93,666 francs 48 centimes, avec les intérêts depuis le 30 septembre 1810..... Je condamne en outre lesdits sieurs Gramont, Chegaray et compagnie à remettre auxdits sieurs Barillon et compagnie, en marchandises assorties de la cargaison du navire *l'Oncle Thomas*, la somme de....., et moyennant cela, sur toutes les autres demandes, fins et conclusions respectives des parties, je les mets hors de procès.... ».

Le 14 du même mois, les liquidateurs de la maison Gramont et le sieur Letellier, fondé de pouvoir de la maison Barillon, font entre eux un acte sous seing-privé, par lequel, après avoir dit « que M. Guestier ayant rendu sa » sentence arbitrale le.....du présent mois, et » étant prêt à la déposer au greffe du tribunal » de commerce, les en a fait prévenir; et vou-» lant éviter les frais d'enregistrement et de » dépôt de ladite sentence, et tous autres frais » qui pourraient s'ensuivre, (ils déclarent) » dispenser M. Guestier du dépôt de ladite sen-» tence; et la considérons (ajoutent-ils) comme » juste, définitive et ayant même force qu'un » arrêt de cour souveraine ».

Par le même acte, les liquidateurs de la maison Gramont font des délégations à la maison Barillon, jusqu'à concurrence du montant de leur dette envers elle.

En vertu de ces délégations, la maison Barillon reçoit, des débiteurs délégués, un à-compte de 21,567 francs; et les liquidateurs de la maison Gramont approuvent ce paiement par plusieurs lettres.

Mais bientôt les liquidateurs de la maison Gramont reviennent sur leurs pas. Ils exposent qu'ayant pris connaissance du jugement arbitral, ce qu'ils n'avaient pas fait (disent-ils) lors du traité du 14 janvier dernier, ils y ont reconnu que l'arbitre, tout en établissant en leur faveur, au 6e jour complémentaire an 11, un solde de 192,906 francs 37 centimes, n'avait débité la maison Barillon d'aucune somme pour les intérêts de ce solde; et ils demandent que cette omission soit réparée.

Au lieu de répondre à cette réclamation, la maison Barillon requiert le dépôt de la sentence arbitrale au greffe du tribunal de commerce de Bordeaux. Ce dépôt est effectué le 10 avril 1812; et le même jour, la sentence est revêtue d'une ordonnance d'*exequatur*.

Le 13 juin suivant, les liquidateurs de la maison Gramont font signifier à la maison Barillon un compte courant duquel il résulte qu'au lieu de 93,666 francs 48 centimes, dont la sentence arbitrale les déclare débiteurs au 30 septembre 1810, ils ne devaient, à cette époque, (au moyen de l'allocation qui aurait dû leur être faite des intérêts de leur solde de 192,906 francs 37 centimes, au 6e jour complémentaire an 11), que la somme de 54,413 francs 19 centimes, qui, ajoutée aux intérêts qu'elle a produits depuis, s'élève maintenant à 59, 649 francs 5 centimes; et qu'en déduisant de cette somme celle de 21,567 francs qu'ils ont payée à la maison Barillon en exécution du traité du 14 janvier dernier, ils ne restent débiteurs que de 38,082 francs 5 centimes.

En conséquence, exploit du même jour, par lequel les liquidateurs de la maison Gramont offrent réellement cette dernière somme à la maison Barillon.

Et sur le refus de la maison Barillon, cette somme est consignée le 15 du même mois.

Le lendemain 16, les liquidateurs de la maison Gramont, se fondant sur l'art. 541 du Code de procédure, font assigner la maison Barillon au tribunal de commerce de Bordeaux, pour voir dire qu'ils sont pleinement libérés envers elle.

La maison Barillon comparaît et répond « Que tout est jugé par la sentence arbitrale,

qui est souveraine et ne peut être soumise à la censure du tribunal de commerce; que l'art. 541 du Code de procédure est inapplicable; qu'il permet bien de relever les *erreurs, omissions ou doubles emplois* dans les comptes, mais non pas de revenir contre un jugement souverain; que, suivant cet article, la demande en rectification d'une erreur, d'une omission ou d'un double emploi, doit être formée *devant les mêmes juges;* mais qu'ici la sentence est émanée d'un arbitre qui a prononcé en dernier ressort;

» Que le tribunal de commerce, fût-il compétent, ne pourrait pas statuer sur la réclamation de la maison Gramont, parceque cette maison est non-recevable à attaquer une sentence arbitrale qui a été rendue en dernier ressort, et acquiescée par un traité postérieur de trois jours à sa date; qu'au surplus, il n'existe point d'*erreur matérielle*, et que l'arbitre ayant voulu juger comme il l'a fait, sa décision est inattaquable ».

Les liquidateurs de la maison Gramont répliquent,

« 1° Qu'il s'agit d'une demande relative à une omission dans un compte; et que, dès-lors, elle est dans le cas de l'application de l'art. 541 du Code de procédure;

» 2° Que le compte a été fait par un arbitre dont les pouvoirs sont expirés; qu'on ne peut, pas dès-lors, former devant lui la demande en rectification; mais que cet arbitre ayant été substitué par la volonté des parties au tribunal de commerce, leur juge naturel, c'est évidemment devant ce tribunal qu'il faut procéder;

» 3° Que rien n'est plus frivole que l'objection prise de ce que l'arbitre a prononcé en dernier ressort; que la juridiction en dernier ressort que les parties lui ont attribuée, aurait pu être également attribuée au tribunal de commerce, lequel, en ce cas, aurait été, comme l'arbitre, juge souverain par la seule volonté des parties; que le compromis a substitué un arbitre au juge naturel, mais que les pouvoirs de cet arbitre ayant pris fin, ce n'est plus devant lui, mais bien devant le juge à la place duquel il avait été nommé, qu'il faut procéder;

» 4° Que la fin de non-recevoir qu'on leur oppose, n'a aucun fondement; car, d'une part, ils ne demandent pas la révision des comptes, mais seulement le redressement d'une erreur grave qui les met dans le cas de l'application de l'art. 541 du Code de procédure; d'autre part, la promesse d'acquiescer du 14 janvier 1812, et même les paiemens d'à-comptes faits postérieurement à la sentence, ne forment pas une approbation de l'erreur commise par l'arbitre; qu'on a le droit de demander la réparation d'une erreur aussitôt qu'on la découvre, même après l'exécution du jugement sur les comptes; que l'erreur matérielle dans un compte, ne se couvre que par un jugement ou par une transaction sur l'erreur même; que, par la promesse d'acquiescer, du 14 janvier, les parties ne disent pas qu'elles connaissent l'erreur contenue dans le compte fait par l'arbitre; qu'elles ne transigent pas sur cette même erreur; et que, dès-lors, la promesse d'acquiescer à la sentence arbitrale, ne peut avoir plus d'effet que n'en aurait l'exécution la plus complette, après laquelle néanmoins on pourrait justement et régulièrement demander la réparation de l'erreur;

» 5° Que l'existence de l'erreur dont ils demandent le redressement, est évidente; que, dans le *résumé général* des comptes au 6 vendémiaire an 11, ils avaient fixé le solde à leur profit à 244,058 francs 80 centimes; qu'ils l'avaient porté ensuite au compte nouveau où il formait le premier article au profit de Barillon et compagnie, et que ce solde avait produit, en intérêts, 63,455 francs 29, centimes; que l'arbitre, par son réglement, a diminué le débat à cette époque de la maison Barillon et compagnie, à cause de la diminution de l'intérêt qu'il leur a attribué dans l'expédition du navire *l'Oncle Thomas;* mais qu'il résulte de son opération, qu'à la même époque, il revenait à la maison Gramont, Chegaray et compagnie, un solde de 192,906 francs 37 centimes; qu'il devait la créditer des intérêts de ce solde depuis le 6 complémentaire an 11, et que c'est précisément ce qu'il a omis de faire, et ce qui constitue, dans le compte, une erreur matérielle et d'une évidence éclatante; que ce n'est pas une erreur de droit; que tous les comptes portaient réciproquement intérêts; qu'il n'y avait pas de contestation entre les parties sur ce point; qu'on n'en trouve pas un mot dans les motifs ni dans le dispositif de la sentence; que c'est donc une erreur de fait, une erreur de calcul, une véritable omission dans le compte, et que cette erreur est d'autant plus inconcevable, que l'arbitre avait alloué, dans le calcul du compte, des intérêts aux sieurs Barillon et compagnie depuis le 6 complémentaire an 11, tandis qu'il a omis d'en allouer à la maison Gramont, Chegaray et compagnie ».

Le 8 mars 1813, jugement par lequel,

« Attendu que les discussions entre les parties résultaient d'actes de commerce dont la connaissance est attribuée par la loi aux tribunaux de commerce; que l'arbitre qui a

statué sur ces discussions, a remplacé, par la volonté des parties, le tribunal de commerce; que, si cet arbitre a jugé souverainement, c'est par suite de l'extension de pouvoir qu'il a reçue des parties, toujours comme tribunal de première instance, en remplacement du tribunal de commerce; que les pouvoirs de cet arbitre ayant cessé à l'instant de la signature qu'il a mise à son travail qui a été remis au tribunal de commerce, et les sieurs Gramont et compagnie excipant d'une erreur matérielle dans le compte réglé par l'arbitre, le tribunal est seul compétent pour connaître, en première instance, de la demande des sieurs Gramont, Chegaray et compagnie, d'après les dispositions de l'art. 541 du Code de procédure;

» Attendu qu'il s'agit, dans la discussion, d'une erreur ou omission matérielle commise par l'arbitre dans le réglement qu'il a fait, le 11 janvier 1812, qui a servi de base à la sentence arbitrale; que l'acquiescement donné par les sieurs Gramont Chegaray et compagnie à cette sentence, fût-il aussi étendu et aussi absolu que le soutiennent les sieurs Barillon et compagnie, ceux-ci n'en seraient pas mieux fondés dans la fin de non-recevoir qu'ils opposent; d'abord, parceque les erreurs ou omissions ne peuvent être un point jugé, parce que celle dont il s'agit ne fait nullement partie du réglement fait par l'arbitre, ni de la sentence arbitrale; que, dans le fait de ce jugement, on n'a rien énoncé de relatif à la discussion actuelle; que, dans les questions et les *motifs*, rien ne justifie que cette discussion ait eu lieu devant l'arbitre; qu'enfin, le prononcé ne statue rien à cet égard; d'où il résulte bien évidemment que les sieurs Gramont, Chegaray et compagnie, en acquiesçant à la sentence arbitrale, n'ont acquiescé ni pu acquiescer à l'erreur commise par l'arbitre dans son réglement du 11 janvier 1812, qui servait de base à la sentence arbitrale; qu'ainsi, les sieurs Gramont, Chegaray et compagnie sont recevables dans leur action intentée pour cause de cette erreur;

» Attendu que les parties, dans leurs comptes respectifs, ont toujours compris l'intérêt des capitaux et l'intérêt du solde desdits comptes; que ce point n'a jamais été contesté entr'elles; qu'elle l'ont même reconnu devant l'arbitre, qui a, en conséquence, alloué aux sieurs Barillon et compagnie l'intérêt du solde de leurs comptes; mais que l'arbitre a omis de créditer la maison Gramont, Chegaray et compagnie, du solde de ses comptes, valeur au sixième jour complémentaire an 11; ce qui forme, à leur préjudice, une erreur évidente et matérielle;

» Que le tribunal ne peut pas s'occuper de vérifier si cette erreur s'élève à la somme énumérée dans le compte signifié par les sieurs Gramont, Chegaray et compagnie avec leur exploit de demande en redressement d'erreur; qu'il convient par conséquent de renvoyer les parties devant des arbitres qui vérifieront à quelle somme s'élève réellement l'erreur commise au préjudice desdits sieurs Gramont, Chegaray et compagnie, et qui, en les créditant du montant de cette erreur, détermineront la véritable somme dont ils étaient débiteurs, d'après le réglement fait par l'arbitre le 11 janvier 1812;

» Le tribunal, sans s'arrêter au déclinatoire et à la fin de non-recevoir proposés par le sieur Barillon et compagnie, ordonne que les parties se retireront devers des experts-arbitres dont ils conviendront, ou qui par nous seront pris et nommés d'office, à l'effet de rectifier l'erreur existante dans le compte des sieurs Gramont, Chegaray et compagnie, à l'époque du sixième jour complémentaire an 11, d'après les bases indiquées ci-dessus du présent jugement, pour, sur leur rapport fait et déposé au greffe, être fait droit aux parties.... ».

La maison Barillon appelle de ce jugement à la cour de Bordeaux.

Le 19 juillet de la même année, arrêt qui, « adoptant les motifs des premiers juges, met » l'appellation au néant ».

La maison Barillon se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et propose trois moyens dont l'un tend à établir que, par cet arrêt, la cour de Bordeaux a violé les règles de la compétence.

» A quels juges (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 28 mars 1815) le Code de procédure attribue-t-il la connaissance des demandes en redressement des comptes pour erreur ou omission? Il l'attribue aux *mêmes juges*, c'est-à-dire, aux juges qui ont prononcé sur le compte dans l'arrêté duquel l'une des parties prétend qu'il y a eu omission ou erreur. Tout autre juge est donc incompétent pour connaître de ces sortes de demandes. Une partie assignée, sur une demande de cette nature, devant un autre juge, peut donc le décliner. Il y a donc violation des règles de la compétence, si un pareil déclinatoire est rejeté.

» Or, dans notre espèce, qui est-ce qui avait prononcé sur les comptes des parties? Un arbitre du choix des parties elles-mêmes.

» A qui les sieurs Gramont, Chegaray et compagnie se sont-ils adressés pour obtenir

le redressement de leurs comptes? Au tribunal de commerce de Bordeaux.

» Les sieurs Barillon et compagnie ont donc été bien fondés à décliner le juge devant lequel leurs adversaires les traduisaient.

» Mais, dit on, le tribunal de commerce de Bordeaux représentait légalement l'arbitre qui avait rendu la sentence du 11 janvier 1812. Sans le compromis, les comptes respectifs des parties n'auraient pas eu d'autres juges que le tribunal de commerce de Bordeaux. Par le compromis, les parties ont substitué au tribunal de commerce de Bordeaux un arbitre de leur choix. Mais l'arbitre ayant consommé sa mission par sa sentence, le tribunal de commerce de Bordeaux a, de plein droit, repris sa place. Il est devenu, pour les parties, le continuateur nécessaire de l'arbitre. Il est devenu, pour les parties, le même juge qui avait rendu la sentence.

» Est-il donc vrai que, sans le compromis, le tribunal de commerce de Bordeaux eût été le juge naturel des comptes respectifs des parties? Est-il donc vrai que la sentence du 11 janvier 1812 avait mis fin à la mission de l'arbitre?

» Quel était l'objet des comptes respectifs des parties?

» Ni l'arrêt attaqué, ni le jugement qu'il confirme, ne s'expliquent là-dessus; ils disent seulement que ces comptes avaient pour objet *des opérations de commerce*.

» Mais la sentence arbitrale du 11 janvier 1812 définit clairement la nature de ces opérations. Elle énonce, dès les premières lignes de l'exposé du *point de fait* (*folio* 2), que ces opérations avaient été faites, entre les maisons Gramont et Barillon, *de compte en participation*.

» Cependant on assure aujourd'hui devant vous, au nom des défendeurs, que la seule de ces opérations qui a été faite *de compte en participation*, est celle qui était relative au navire *l'Oncle Thomas*, et que toutes les autres n'avaient rien de *social*.

» Mais nous devons croire qu'on l'assure à leur insu; car cette assertion n'est pas seulement contredite par la généralité des termes que nous venons de rappeler de la sentence arbitrale; elle l'est encore, et bien plus spécifiquement, par ce passage du *folio* 7 *verso* de la même sentence :

» *MM. Gramont, Chegaray et compagnie pour répondre au compte courant de MM. Barillon et compagnie, ont produit un redressement dans lequel ils ont confondu deux comptes de deux différentes opérations.*

» *L'une de ces opérations est relative à une spéculation en coton faite de compte à tiers entre les deux maisons Gramont et Barillon, et la maison Chegaray frères et compagnie de la Rochelle. Ce compte est intitulé TT.*

» *L'autre opération est relative à l'achat, armement et cargaison du navire* l'Oncle Thomas, *pour l'expédition projetée pour la traite, ce qui n'a pas eu lieu, à cause, dit-on, de la guerre. Le compte de cette opération est intitulé A.*

» Il est donc bien clair que toutes les opérations de commerce qui ont eu lieu entre les demandeurs et les défendeurs, ont été faites *de compte en participation*.

» Or, les contestations qui s'élèvent entre des négocians à raison d'opérations de commerce qu'ils ont faites ensemble *de compte en participation*, par qui doivent-elles être jugées?

» Elles doivent indubitablement l'être par des arbitres, si ces négocians sont associés entr'eux : car l'art. 51 du Code de commerce veut, comme le voulait également l'art. 7 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, qu'il y ait arbitrage forcé pour le jugement de *toute contestation entre associés et pour raison de la société*.

» Et si ces sortes de contestations sont soumises à un arbitrage forcé, bien certainement le tribunal de commerce de Bordeaux n'était pas le juge naturel de celles dont il est ici question. Bien certainement ce n'est pas le compromis de 1811, c'est la loi elle-même qui a soustrait au tribunal de commerce de Bordeaux, la connaissance primitive de ces contestations.

» Tout dépend donc ici du point de savoir si l'on doit considérer comme associés entre eux, des négocians qui font ensemble des opérations de commerce *de compte en participation*.

» Eh! Comment pourrait-on ne pas les considérer comme tels? La loi elle-même qualifie d'*association* le traité qui les lie les uns aux autres.

» Le code de commerce, après avoir dit, art. 16, qu'il y a trois sortes de sociétés commerciales, la société en nom collectif, la société en commandite, la société anonyme; après avoir, par les articles suivans, réglé les formes tant intrinsèques qu'extrinsèques et les effets de chacune de ces espèces de Sociétés, ajoute art. 47 : *Indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus, la loi reconnait les associations commerciales en participation.*

» Assurément il est impossible que des négocians entre lesquels existe une *association*,

ne soient pas considérés entr'eux comme associés.

» Il est vrai que, par l'art. 50, il est dit que *les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres Sociétés.*

» Mais cela même prouve que, dans le langage de la loi, les associations commerciales en participation sont des Sociétés véritables. Les mots *autres Sociétés*, n'auraient point de sens, si, aux yeux de la loi, ces associations n'étaient pas des Sociétés proprement dites.

» Du reste, il résulte bien, de cet article, qu'il n'est pas nécessaire que les contrats d'*association commerciale en participation* soient rédigés en actes publics, ou en actes privés faits doubles, ni qu'ils soient déposés et enregistrés aux greffes des tribunaux de commerce.

» Mais il en résulte aussi que la loi n'établit de différence entre les associations commerciales en participation et les autres Sociétés, qu'en ce qui concerne les formes tant intrinsèques qu'extrinsèques des actes servant à constater celles-ci.

» Il en résulte par conséquent que les associés en participation sont, ni plus ni moins que les associés en nom collectif, ni plus ni moins que les associés en commandite, ni plus ni moins que les associés anonymes, compris dans la disposition de l'art. 51 du Code de commerce relative à la manière de juger les contestations entre associés.

» Et en effet, quelle raison aurait pu avoir la loi de ne pas disposer à cet égard pour les uns comme pour les autres? Il n'en est pas (disait-on au conseil d'État, dans la discussion du tit. 3 du liv 1er. du Code de commerce) des *contestations qui ont pour objet les comptes et la liquidation d'une Société de commerce, comme d'une contestation sur un testament, ou l'attention n'a besoin de se porter que sur une pièce unique. Dans une liquidation importante, les pièces sont innombrables..... On ne peut donc soumettre aux tribunaux les liquidations de société: ces sortes d'affaires sont trop compliquées et trop minutieuses, pour que d'autres que des arbitres puissent parvenir à les démêler.* Or, les affaires qui dérivent de la liquidation d'une association commerciale en participation, sont-elles moins compliquées, sont-elles moins minutieuses, que celles qui dérivent de la liquidation de toute autre Société commerciale? Il est notoire que non. La loi n'aurait donc pas pu, sans inconséquence, renvoyer les unes aux tribunaux, tandis qu'elle établissait pour les autres un arbitrage forcé. Le motif de la loi est donc ici parfaitement d'accord avec la généralité de son texte.

» Aussi voyons nous que ce n'est pas comme arbitre volontaire, mais comme arbitre forcé, que les parties ont, dans notre espèce, considéré le sieur Daniel Guestier.

» Si le sieur Daniel Guestier n'eût été pour elles qu'un arbitre volontaire, ses pouvoirs auraient été, d'après les art. 1007 et 1012 du Code de procédure, circonscrits dans un délai de trois mois; et ce délai expiré sans jugement définitif de sa part, il lui aurait fallu de nouveaux pouvoirs pour statuer sur les comptes respectifs des parties.

Eh bien! Le sieur Daniel Guestier avait été nommé arbitre par un acte signé le 20 juillet 1811, le 26 du même mois et le 20 août suivant. Ses pouvoirs auraient donc expiré, s'il n'eût été qu'un arbitre volontaire, le 21 novembre de la même année. Cependant le 2 et le 10 décembre suivant, les sieurs Barillon et compagnie, d'une part, les sieurs Gramont, Chegaray et compagnie, de l'autre, ont, sans renouveler ses pouvoirs, produit devant lui des mémoires à l'appui de leurs prétentions respectives; ils ont donc reconnu alors que ses pouvoirs subsistaient encore; ils ont donc reconnu alors qu'il était pour eux un arbitre forcé.

» Aussi est-ce comme arbitre forcé que le sieur Guestier a rendu son jugement; et ce qui le prouve, c'est qu'il ne l'a rendu que le 11 janvier 1812; c'est qu'il n'aurait pas pu le rendre à cette époque, en qualité d'arbitre volontaire.

» Aussi est-ce comme un jugement d'arbitre forcé que les sieurs Gramont, Chegaray et compagnie ont eux-mêmes considéré le jugement rendu le 11 janvier 1812 par le sieur Guestier. Car, si, à leurs yeux, ce jugement eût été l'ouvrage d'un arbitre volontaire, ils ne se seraient pas bornés à en demander le redressement sur un seul point; ils l'auraient attaqué jusque dans ses bases, ils en auraient demandé l'entière annullation.

» Le fait des sieurs Gramont, Chegaray et compagnie concourt donc ici avec le texte de la loi, pour établir que leur demande en redressement n'était pas de la compétence du tribunal de commerce de Bordeaux, et par conséquent pour justifier le déclinatoire proposé devant ce tribunal par les sieurs Barillon et compagnie.

» Il importerait peu, d'après cela, que la demande en redressement des sieurs Gramont, Chegaray et compagnie n'eût pas dû être portée devant l'arbitre qui avait rendu la sen-

tence contre laquelle cette demande était dirigée. Tout ce qui résulterait de là, c'est qu'elle eût dû être portée devant de nouveaux arbitres nommés par les parties, ou, à leur défaut, par le tribunal de commerce.

» Et dans cette hypothèse, le tribunal de commerce aurait toujours été incompétent pour prendre, par lui même, connaissance de la demande dont il s'agit.

» Inutile d'objecter, dans cette même hypothèse, que, par le jugement qui confirme l'arrêt attaqué, le tribunal de commerce a précisement renvoyé la demande dont il s'agit, devant les arbitres à nommer par les parties, ou à leur refus, d'office.

» Les arbitres dont il est parlé dans ce jugement, ne sont pas chargés de juger la question de droit que présente la demande des sieurs Gramont, Chegaray et compagnie. Ils ne sont pas même chargés de juger la question de fait de laquelle naît cette question de droit; ils ne sont chargés que de l'examiner et d'en faire leur rapport au tribunal de commerce, à qui le jugement réserve le pouvoir exclusif de statuer.

» Ces arbitres ne sont donc pas ce que doivent être des arbitres en matière de Société, car en matière de Société, les arbitres ne sont pas de simples rapporteurs, ils sont de véritables juges : *toute contestation entre associés et pour raison de la Société, sera jugée par des arbitres :* vous vous rappelez que telle est la disposition expresse de l'art. 51 du Code de commerce; et c'est ce que confirme bien positivement l'art. 61. lorsqu'il dit que le *jugement arbitral est déposé au greffe du tribunal de commerce et rendu exécutoire sans aucune modification, en vertu d'une ordonnance du président du tribunal, lequel est tenu de la rendre pure et simple.*

» Ce n'est donc pas en vertu des art. 51, 54 et 55 du Code de commerce, que le jugement du tribunal de commerce de Bordeaux renvoie les parties devant des arbitres, mais, en vertu de l'art. 429 du Code de procédure, lequel, porte que si, dans les contestations étrangères aux Sociétés, *s'il y a lieu à renvoyer les parties devant des arbitres, pour examen de comptes, pièces et registres, il sera nommé un ou trois arbitres pour entendre les parties, et les concilier, si faire se peut, sinon, donner leur avis.*

» Mais, au surplus, pourquoi, dans notre espèce, la demande en redressement des sieurs Gramont, Chegaray et compagnie, n'aurait-elle pas dû être portée devant l'arbitre qui avait rendu la sentence dont cette demande tendait à réformer une prétendue erreur? pourquoi, dans notre espèce, les sieurs Gramont, Chegaray et compagnie n'auraient-ils pas été soumis à la disposition de l'art. 541 du Code de procédure qui veut que ces sortes de demandes soient formées devant les *mêmes juges* qui ont statué sur l'instance de compte?

« Le tribunal de commerce de Bordeaux n'a pas osé dire que c'était parceque le délai du compromis était expiré : il savait trop bien qu'en matière de Société, le compromis n'a point de délai fatal, à moins que les parties ou les juges, à leur défaut, n'en ayent fixé un; il savait trop bien que, tandis que l'art. 1012 du Code de procédure porte, relativement à l'arbitrage volontaire, que le *compromis finit par l'expiration du délai stipulé, ou de celui de trois mois, s'il n'en a pas été réglé*, l'art. 54 du Code de commerce porte, relativement à l'arbitrage forcé, que *le délai pour le jugement est fixé par les parties, lors de la nomination des arbitres, et s'ils ne sont pas d'accord sur le délai, il sera réglé par les juges;* il savait trop bien que de là il résulte évidemment que la durée de la mission des arbitres forcés, lorsqu'elle n'est fixée ni par les parties, ni par les juges, n'est pas circonscrite dans un espace de trois mois; et c'est effectivement ce que remarque l'auteur de *l'Esprit du Code de commerce*, liv. 1er, tit. 3, art. 64.

» Mais le tribunal de commerce de Bordeaux a dit que *les pouvoirs de l'arbitre Guestier avaient cessé à l'instant de la signature de son travail*, à l'instant de la signature de sa sentence du 11 janvier 1812; et c'est, à notre avis, une grande erreur.

» Sans doute, en thèse générale, les pouvoirs d'un arbitre cessent au moment où il rend sa sentence définitive.

» Mais la sentence d'un arbitre est-elle définitive, lorsque, prononçant sur une instance de compte, elle erre dans le calcul, ou omet de prononcer, soit sur un article de recette, soit sur un article de dépense?

» Non assurément : si, dans ce cas, la sentence d'un arbitre était définitive, celle d'un juge ordinaire le serait également. Car un juge ordinaire ne peut pas plus qu'un arbitre, rétracter ou modifier sa sentence définitive. Le juge ordinaire est, comme l'arbitre, dessaisi à l'instant même où il a prononcé définitivement. Une fois que *officio functus est*, il est, comme l'arbitre, sans juridiction sur l'affaire qu'il a jugée.

» Cependant l'art. 541 du Code de procédure veut que les demandes en redressement *pour erreurs ou omissions*, soient portées devant le juge qui a prononcé définitivement sur le compte.

» Et de là il suit évidemment qu'en matière de compte, la loi ne considère pas comme ir-

revocable, ni par conséquent comme proprement définitif, qu'elle ne considère comme définitif que de nom, le jugement dans lequel il y a erreur de calcul ou omission.

» De là il suit évidemment qu'en matière de compte, tout jugement, quoique qualifié définitif sur chacun des points litigieux, est censé renfermer la clause, *sauf erreur ou omission que nous nous réservons de réparer, le cas échéant.*

» De là il suit évidemment qu'en matière de compte, il n'y a de jugement véritablement définitif, que lorsque les erreurs et les omissions qui ont pu s'y glisser, ont été réparées.

» De là il suit évidemment que la réparation de ces erreurs, de ces omissions, entre essentiellement dans les attributions de l'arbitre, comme dans les attributions du juge, qui a rendu le jugement dans lequel ces erreurs ou omissions ont pu se glisser.

» Et en effet, comme vous l'a très-bien dit l'habile défenseur des sieurs Barillon et compagnie, *pour juger qu'un article a été omis dans un compte, il ne suffit pas de se convaincre que cet article n'y est pas littéralement écrit : il faut se convaincre en outre qu'il n'y a pas été porté sous une dénomination différente de celle qui lui avait été donnée par les parties, ou qu'il n'a pas été compris dans le résultat. Il peut arriver comme dans l'espèce, que le juge ne fasse qu'un seul article d'un article qui en faisait plusieurs dans le compte des parties. Il peut arriver aussi qu'il omette volontairement un article de recette, parce qu'il aura omis un article équivalent de dépense. Il peut arriver enfin qu'après avoir exactement rapporté tous les articles et en avoir déterminé le résultat, le juge oublie d'en transcrire quelqu'un dans son jugement, et qu'il porte néanmoins le résultat de tous. Dans ces divers cas, on devra croire qu'un ou plusieurs articles ont été omis, quoiqu'il n'existe en effet aucune omission réelle ; et comme, aux termes de l'art. 541 du Code de procédure, le compte ne pourra être révisé, le juge qui n'aura pas fait le compte, et qui se permettra néanmoins de le rectifier, commettra une erreur en croyant en réparer une. Il faut donc que la demande qui tend à faire rectifier l'erreur commise dans un compte, soit portée devant le même juge qui l'a réglé, parce que lui seul peut décider, avec connaissance de cause, si ce qui paraît une erreur, en est réellement une.*

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de casser et annuler l'arrêt qui vous est dénoncé par les demandeurs ».

Arrêt du 28 mars 1815, au rapport de M. Ruperou, par lequel,

« Vu l'art. 51 du Code de commerce, et l'art. 541 du Code de procédure civile ;

» Attendu que les contestations jugées par la sentence arbitrale du 11 janvier 1812, ayant eu lieu pour raison d'associations commerciales en participation, elles étaient, d'après l'art. 51 du Code de commerce, du domaine de l'arbitrage forcé ;

» Qu'il suit de là que le tribunal de commerce de Bordeaux, et par la nature même de l'affaire, et d'après l'art. 541 du Code de procédure civile, qui veut que les demandes en réparation d'erreurs, omissions, faux ou doubles emplois soient portées *devant les mêmes juges*, était incompétent pour réparer la prétendue erreur ou omission reprochée à ladite sentence ;

» Attendu que la question de compétence étant préjudicielle, il devient superflu d'examiner le mérite des moyens du fond ;

» La cour casse et annulle, pour cause d'incompétence, l'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux, du 20 juin 1812.... ».

III[3]. La contrainte par corps peut-elle être prononcée entre deux associés, par le jugement qui condamne l'un à payer à l'autre ce qu'il lui doit par le résultat de la liquidation de la Société ?

Avant la loi du 15 germinal an 6 (comme je l'ai dit dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *étranger*, §. 4), on jugeait assez constamment que non ; et l'on se fondait, pour cela, sur la loi 63, D. *pro socio*, qui accordait aux associés entre eux, ce que les jurisconsultes romains appelaient *beneficium competentiæ*, c'est-à-dire, le privilège de ne pouvoir être contraints au-delà du nécessaire pour vivre, parce qu'il y a, disait-elle, dans toute association, une sorte de droit de fraternité : *cùm Societas jus quiddam fraternitatis in se habeat.*

Mais depuis la publication de la loi du 15 germinal an 6, il est intervenu plusieurs arrêts de la cour de cassation, qui ont réprouvé cette jurisprudence.

Le 12 brumaire an 8, les sieurs Besfort et Moguet, négocians à Altkirch, souscrivent, au profit des sieurs Coullerez et Dubal, pour se libérer de ce qu'ils leur doivent à raison d'une Société qui a existé entre eux, quatorze billets à ordre, de 3,000 francs chacun.

A défaut de paiement aux échéances, les sieurs Besfort et Moguet sont traduits devant le tribunal de commerce de Belfort, qui *les condamne, par corps, à en payer le montant.*

Sur l'appel, arrêt de la cour de Colmar, du

19 nivôse an 9, qui dit qu'il a été bien jugé.

Recours en cassation, fondé notamment sur la loi romaine citée plus haut.

Par arrêt du 25 prairial an 10, au rapport de M. Rousseau,

« Attendu que la loi du 15 germinal an 6, portant que la contrainte par corps a lieu entre marchands et négocians, à raison de leur négoce, et ne comprenant pas, dans les exceptions qu'elle renferme, les associés entre eux, on ne peut appliquer les lois romaines, pour en tirer une violation d'une disposition qui n'est pas dans la loi spéciale à la matière dont il s'agit;

» Le tribunal rejette le pourvoi.... ».

Le 8 germinal an 8, les sieurs Darmentier et Fouché contractent ensemble une Société pour fabrication et commerce de tabacs.

Le 25 messidor suivant, le sieur Darmentier fait signifier au sieur Fouché un acte par lequel il déclare dissoudre cette Société.

Le sieur Fouché consent à la dissolution, mais sous la réserve des dommages-intérêts qu'il soutient lui être dus.

Le 6 brumaire an 10, jugement qui condamne le sieur Darmentier, *par corps*, à 10,000 francs de dommages-intérêts envers le sieur Fouché.

Appel de la part du sieur Darmentier.

Le 4 messidor de la même année, arrêt de la cour de Bordeaux, qui met l'appellation au néant.

Le sieur Darmentier se pourvoit en cassation.

Mais, par arrêt contradictoire du 24 brumaire an 12, au rapport de M. Babille,

« Considérant que la loi du 15 germinal an 6 n'excepte point les associés de la contrainte par corps entre négocians pour affaires de leur commerce; et que cette contrainte par corps étant autorisée pour le capital, elle l'est, à plus forte raison, pour les dommages-intérêts, qui, outre leur qualité d'accessoire, qui les soumet, par conséquent, au même mode d'exécution que le capital, supposent encore une injustice particulière à réparer, et sont considérés comme une peine judiciaire infligée aux téméraires plaideurs, et dont il est nécessaire, d'après Sallé, sur l'art. 1er du tit. 34 de l'ordonnance de 1667, d'assurer l'exécution par les voies les plus sévères, pour arrêter, autant qu'il sera possible, les mauvaises contestations, par la terreur des peines et par la sévérité de leur exécution;

« Le tribunal rejette le pourvoi.... ».

Le 15 ventôse an 6, les sieurs Taulier, Basset et Dumoulin forment entre eux une Société de commerce.

Le 20 ventôse an 8, acte par lequel cette Société est dissoute.

Le 28 août 1811, arrêt de la cour d'appel de Grenoble, qui condamne, *par corps*, le sieur Taulier à tenir compte aux sieurs Basset et Dumoulin, d'une somme de 10,000 francs, pour leur part afférente dans celle de 15,000 francs qu'il a distraite, à leur préjudice, de la caisse sociale.

Le sieur Taulier se pourvoit en cassation, et soutient que la loi du 15 germinal an 6 ne prononçant la contrainte par corps entre marchands, que *pour faits de marchandises dont ils se mêlent respectivement*, cette disposition ne comprend pas les associés de commerce, parce qu'ils ne se mêlent pas de marchandises *respectivement*, c'est-à-dire, entre eux, mais seulement à l'égard des tiers.

Le 22 mars 1813, au rapport de M. Reuwens, arrêt contradictoire, par lequel,

« Considérant que l'ordonnance de 1667 et la loi du 15 germinal an 6 admettent également la contrainte par corps, lorsqu'il y a obligation pour fait de marchandises dont ils se mêlent; que, ni ladite ordonnance ni ladite loi ne comprenant pas, dans les exceptions qu'elles renferment, les négocians associés entre eux, par cela seul la règle générale est applicable à leur égard;

La cour rejette le pourvoi.... ».

II4. Les arbitres nommés, en vertu d'une clause d'un contrat de Société, pour décider, en dernier ressort, toutes les contestations élevées entre les associés, sont-ils compétens pour prononcer la contrainte par corps? Le sont-ils pour la prononcer en dernier ressort?

Le 30 pluviôse an 11, contrat de Société entre les sieurs Fontanié, Lugan et Evande, avec stipulation expresse que tous les différends qui s'éleveront entre eux, seront soumis à des arbitres respectivement nommés par chacun d'eux, qui les jugeront en dernier ressort.

Le 13 août 1806, jugement du tribunal de commerce de Montauban, qui donne acte aux parties de la nomination qu'elles ont faite d'arbitres pour prononcer sur leurs contestations.

Le 15 juin 1807, ces arbitres rendent un jugement en dernier ressort, par lequel diverses condamnations sont prononcées, *par corps*, contre les sieurs Lugan et Evande, au profit du sieur Fontanié.

Le 17 du même mois, ce jugement est homologué par le tribunal de commerce; et le 18 septembre suivant, il est mis à exécution par l'emprisonnement du sieur Lugan.

Le sieur Lugan demande la nullité de son emprisonnement, pour quelques vices de forme qu'il articule.

Jugement du tribunal civil, qui rejette ses moyens de nullité.

Sur l'appel, arrêt de la cour de Toulouse, du 9 janvier 1809, qui rejette également les moyens de nullité, et néanmoins, infirmant le jugement du tribunal civil, déclare l'emprisonnement nul, « attendu que la sentence » arbitrale qui a prononcé la contrainte par » corps en dernier ressort, n'ayant été rendue » que d'après le pouvoir que les parties avaient » donné volontairement, sur cette contrainte, » aux arbitres, il en résulte que les pouvoirs » qu'ils avaient reçus directement des parties, » ne pouvaient leur attribuer le droit de la » prononcer; qu'ainsi l'arrestation est illégi» time ».

Mais le sieur Fontanié se pourvoit en cassation; et le 5 novembre 1811, arrêt au rapport de M. Cassaigne par lequel,

« Vu l'art. 9 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, l'art. 14 du tit. 12 de la loi du 24 août 1790, l'art. 1350 du Code civil, l'art. 1028 du Code de procédure civile, et enfin la loi du 1er mai 1790;

» Attendu 1° que, suivant l'art. 9 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, les différends qui s'élèvent entre associés en matière de Société commerciale, doivent être jugés par des arbitres convenus entre parties, ou nommés d'office par le tribunal de commerce; que de pareils arbitres forment un tribunal légal, et sont investis par la loi d'une attribution générale en cette matière; qu'ils sont par conséquent compétens pour prononcer la contrainte par corps, comme pour statuer sur le fond;

» Que, d'après l'art. 14 du tit. 12 de la loi du 24 août 1790, les parties peuvent consentir à être jugées sans appel par le tribunal de commerce, qui, en ce cas, prononce en dernier ressort sur la contrainte par corps, comme sur le fond de la contestation; que, par suite, elles peuvent consentir à être jugées de même par les arbitres qui le remplacent;

» Qu'au fond, le différend jugé par la sentence arbitrale du 15 juin 1807, avait pour objet des contestations entre associés pour fait de Société de commerce, et les parties avaient consenti à être jugées définitivement et sans appel par les arbitres; que conséquemment ces arbitres étaient compétens pour prononcer la contrainte par corps et pour statuer en dernier ressort sur ce chef comme sur le fond; et, en jugeant le contraire, l'arrêt a violé les articles précités de l'ordonnance de 1673 et de la loi de 1790;

» Attendu 2° que les jugemens en dernier ressort ont force de chose jugée jusqu'à ce qu'ils aient été rétractés par une voie légale;

» Que, d'après l'art. 1028 du Code de procédure, lorsqu'un jugement arbitral est rendu hors les termes du compromis, la nullité doit en être demandée par opposition à l'ordonnance d'exécution, devant le tribunal qui l'a rendu; et suivant la loi du 1er mai 1790, une action principale ne peut être soumise à une cour d'appel, qu'après l'avoir été à un tribunal de première instance;

» Que, dans le fait, la disposition de la sentence arbitrale du 15 juin 1807, portant la contrainte par corps, était en dernier ressort, et n'avait été aucunement attaquée, ni en première instance, ni en cause d'appel; que néanmoins la cour d'appel l'a mise au néant en annulant l'emprisonnement, sous prétexte que la contrainte était nulle, comme incompétemment prononcée; qu'en jugeant ainsi, elle a enfreint l'autorité de la chose jugée, interverti l'ordre des juridictions, commis un excès de pouvoir, et par là violé les art. 1350 du Code civil, 1038 du Code de procédure et la loi du 1er mai 1790;

» La cour donne défaut contre Lugan; pour le profit, casse et annulle l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse, du 9 janvier 1809 ».

III. La prescription des actions qui résultent d'une association commerciale, soit au profit des associés, soit au profit des tiers, est, tant que la Société subsiste, soumise aux mêmes règles que la prescription des actions personnelles ordinaires. Mais, une fois la Société dissoute, les premières se prescrivent sinon entre les ex-associés eux-mêmes, du moins entre les ex-associés non liquidateurs et les créanciers de la Société, par un temps beaucoup plus court que les secondes. Ainsi l'a réglé l'art. 64 du Code de commerce : « toutes actions contre les associés non liqui» dateurs, et leurs veuves, héritiers ou ayant» cause, sont prescrites cinq ans après la fin » ou la dissolution de la Société, si l'acte de » Société qui en énonce la durée, ou l'acte de » dissolution, a été affiché et enregistré con» formément aux art. 42, 43, 44 et 46; et si, » depuis cette formalité remplie, la prescrip» tion n'a été interrompue, à leur égard, par » aucune poursuite judiciaire ».

Cet article, introductif d'un droit tout nouveau, a été fortement combattu au conseil d'état.

« Cette disposition (disait M. Bigot de Préameneu) ne présenterait pas d'inconvéniens, si ses effets devaient être bornés aux associés;

mais pourquoi diminuer, dans la main des tiers, la durée d'une action qui, par le droit commun, doit subsister trente ans? Il n'est pas naturel, il n'est pas nécessaire à l'intérêt du commerce, que la seule circonstance de l'affiche et de l'enregistrement de l'acte qui dissout la Société, libère les associés envers eux.... Les associés étant appelés à se partager les recouvremens qu'ils feront après les cinq ans, il est bien juste qu'ils supportent, dans la même proportion, les dettes qui peuvent rester à payer (1) ».

« Il est étrange (ajoutait M. Defermon) qu'on regarde les droits des tiers comme bien assurés par l'action qu'on leur réserve contre un liquidateur qui peut être insolvable, tandis qu'on dégage envers eux tous les autres associés : la dette de ces tiers serait certaine, les biens des débiteurs seraient là; sans la dissolution de la société, les tiers auraient eu trente ans pour exercer leurs droits; et cependant, parceque, pendant cinq ans, ils ont gardé le silence, ils n'auraient plus rien à prétendre (2) » !

« Je ne conçois pas (continuait M. Réal) comment on pourrait admettre, hors le cas de la faillite, une prescription qui n'aurait pas lieu si la société avait failli; et comment, pour le seul intérêt de la société, on ne donnerait plus, pendant trente ans, pour débiteur à ses créanciers, que l'associé liquidateur. On s'est toujours montré très-réservé pour établir des déchéances, même dans l'intérêt de l'État; et on les admettrait aussi facilement dans l'intérêt privé (3).... ! et comment fera-t-on, lorsqu'après les cinq ans, le même individu se trouvera à la fois créancier et débiteur de la société? Permettra-t-on d'écarter la compensation par voie de prescription (4) » ?

« Si la prescription (disait encore M. Treilhard) court du jour de la dissolution de la société, il en résultera que les associés conserveront action entr'eux pendant dix ans, en supposant que la liquidation dure aussi longtemps, et qu'après cinq ans, l'action des tiers sera prescrite (5) ».

Ces raisons paraissaient décisives. Cependant l'article a été adopté, non comme d'accord avec les principes, mais comme dicté par l'intérêt du commerce.

« Chaque associé (a-t-on dit) a intérêt à ce que l'action solidaire qui résulte de la société, ne se prolonge pas pendant trente ans; autrement, sa propriété serait trop longtemps incertaine, et il serait exposé à voir ses biens chargés d'inscriptions, même pour les dettes de ses co-associés. Le terme de cinq ans paraît suffire aux réclamations des tiers, qui, avertis par affiche, de la dissolution de la société, ne peuvent pas ignorer qu'on procède à la liquidation (1).

» D'ailleurs le liquidateur d'une maison solvable est tenu de répondre aux demandes des créanciers; et les poursuites sont valablement dirigées contre lui après l'expiration des cinq années, comme pendant leur durée (2).

» Les tiers ne peuvent se trouver en perte que par une négligence qui est rare; car après la dissolution de la société, les débiteurs ne manquent pas de prendre leurs précautions; s'ils sont en compte courant, ils tirent des lettres de change; s'ils ont des effets, ils les présentent, et à défaut de paiement, ils les font protester; si on doit leur délivrer des marchandises, ils en exigent la livraison. Cinq années sont plus que suffisantes pour arriver à tous ces résultats. Or, puisque les tiers ont le temps qui leur est nécessaire, peu leur importe la durée qu'on donne aux actions des associés entr'eux; et, au contraire, il importe beaucoup aux associés que leurs actions se prolongent, parceque les recouvremens et les comptes peuvent entrainer un laps de temps considérable. Il faut quelquefois trente ans pour opérer les recouvremens; dès-lors, la prescription entre associés ne peut être d'une moindre durée (3).

» La différence qu'on propose d'établir entre l'associé liquidateur et les autres associés, est dans la nature des choses. Le liquidateur est saisi de tous les fonds de la société, et les tiers intéressés le savent; les associés, au contraire, sont dessaisis de tout; il faut donc que leur libération ait un terme: jusqu'à ce qu'il expire, les créanciers qui n'auraient pas confiance dans le liquidateur, peuvent se ménager leur recours contre les autres, en les mettant en cause (4).

» Il est de l'intérêt public que ceux qui se livrent au commerce, puissent le continuer; et cependant il leur serait impossible d'obtenir du crédit, s'ils devaient, pendant trente ans, demeurer passibles des dettes sociales; il faut donc rapprocher le terme de leur libération, autant que la justice due aux tiers, le

(1) Procès-verbal du code de commerce, page 330, nº 32, édition de 1813.
(2) *Ibid.*, *page* 335, no. 52.
(3) *Ibid.*, *page* 334, nº 50
(4) *Ibid*, *page* 337, nº. 53.
(5) *Ibid.*, *page* 333, no 46.

(1) *Ibid.*, *page* 330, nº 33.
(2) *Ibid.*, *page* 331, no 34.
(3) *Ibid.*, *page* 333, no 47.
(4) *Ibid.*, *page* 334, nº 51.

permet. Or, il n'est pas présumable que, pendant cinq années entières, des créanciers demeurent tranquilles, qu'ils ne demandent pas leur paiement, qu'ils ne le poursuivent pas, s'il leur est refusé; ce qui suffit pour leur sauver l'application de l'article. Et encore, pour supplément de garantie, ont-ils leur recours contre le liquidateur, dans la main duquel tous les fonds se trouvent réunis. Il ne faut donc pas sacrifier un avantage général à un inconvénient rare et particulier (1).

» Il est certain qu'on fuira les sociétés de commerce, si ceux qui s'y engagent, ne peuvent espérer de se voir libérés qu'après trente ans, et par suite se trouvent jusque-là dans l'impuissance de former aucun établissement personnel. On objecte que la justice ne permet pas de leur assurer cet avantage aux dépens de leurs créanciers. Rien de plus certain; aussi donne-t-on aux créanciers un terme pour exercer leurs droits. Le terme proposé est très-suffisant; et si, sous ce rapport, il y avait quelque reproche à faire à l'article, ce serait plutôt de donner aux créanciers la facilité de prolonger le délai au moyen de poursuites. Il n'est pas possible que, pendant cinq ans, des créanciers demeurent dans l'inaction et ne retirent pas des fonds qui ne leur produisent point d'intérêts (2) ».

IV. Mais l'article adopté d'après ces considérations, donne lieu à une question importante: la disposition en est-elle applicable à ceux des créanciers de la Société qui sont mineurs?

M. Locré, dans son *Esprit du Code de commerce*, répond sans hésiter que non; et il cite, pour justifier son assertion, ce qu'ont dit dans la discussion de cet article M. Réal et le président du conseil d'état.

Mais qu'ont-ils dit l'un et l'autre à ce sujet?

Le premier (porte le procès-verbal, tome 1er, page 332, nº 42) « demande si la prescription de cinq ans courra contre les mineurs ».

Et la réponse du second est « que, de droit » commun, la prescription est suspendue pendant la minorité, *contrà non valentem agere non currit præscriptio*; mais qu'il faudrait » que la rédaction fît appercevoir ce principe ».

Voilà bien un vœu énoncé, dans la discussion de l'art. 64, pour que cet article soit rédigé de manière à excepter le mineur de sa disposition. Mais ce vœu quelle suite a-t-il eue? Aucune: il n'en a pas été dit un mot dans la nouvelle rédaction que l'article a subie à la suite de cette discussion. L'article est donc resté dans sa généralité primitive; et comment, dès-lors, pourrait-on y sous-entendre, pour les mineurs, l'exception dont il s'agit?

On le pourrait sans doute, on le devrait même, s'il fallait ici prendre pour règle l'art. 2252 du Code civil, qui porte que *la prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits, sauf ce qui est dit à l'art.* 2278 (relativement à certaines actions qui sont prescrites par six mois, un an et cinq ans), *et à l'exception des autres cas déterminés par la loi*; car il suffirait, dans cette hypothèse, que les mineurs ne fussent pas expressément assujétis à la disposition de l'art. 64 du Code de commerce, pour qu'ils en fussent censés affranchis.

Mais cette règle est-elle applicable aux prescriptions établies en termes généraux par le Code de commerce?

M. Locré lui-même enseigne que non, au sujet de l'art. 189, qui soumet à la prescription de cinq ans *toutes actions relatives aux lettres de change*, comme l'art. 64 y soumet *toutes actions contre les associés non liquidateurs*. Ces mots *toutes actions* (dit-il, sur l'art. 189), qui excluent toute exception, quelle qu'elle soit, « font aussi courir la prescription » contre les mineurs non marchands et contre » les interdits, conformément au droit établi » par l'ordonnance de 1673.... Il ne faut pas, » parcequ'une lettre de change ou un billet à » ordre tombe, par succession ou autrement, » entre les mains d'un incapable, que toutes » les opérations commerciales dont cet effet a » été ou est encore l'instrument, soient suspendues. C'est ainsi que le Code civil, qui » établit la règle générale que la prescription » ne court pas contre les mineurs et les interdits, fait cependant cesser cette règle à l'égard des actions dont la durée ne peut se » prolonger sans inconvénient. Il n'est donc » plus d'action résultant, soit d'une lettre de » change, soit d'un billet à ordre, quand il est » effet de commerce, qui ne tombe sous la » prescription quinquennale ».

Et remarquons bien que M. Pardessus est sur ce point, d'accord avec M. Locré: « Cette » prescription (dit-il, *Traité des lettres de change*, nº 331) court contre toutes personnes, même contre les mineurs, les interdits » et les absens. Quoique le Code de commerce » n'en contienne point de disposition formelle, » on ne saurait conclure de son silence, qu'il » faille appliquer, dans ce cas, la règle qui » met ces individus à l'abri de la prescription. » Outre que cette règle avait déjà reçu dans le » Code civil, une première modification par

(1) *Ibid.*, *page* 335, no. 54.

(2) *Ibid.*, *page* 336, no 58.

» l'art. 2278, on ne doit pas perdre de vue que » le même Code avait posé en principe, dans » son art. 1107, que les transactions commer- » ciales sont assujéties à des règles particuliè- » res qui sont établies par les lois du com- » merce. On peut conclure de la généralité des » expressions de l'art. 189, qu'on ne saurait » admettre aucune exception, puisqu'il soumet » à la prescription *toutes actions*, sans dis- » tinction de ceux à qui elles appartiennent ».

Or, encore une fois, l'art. 64 se sert, comme l'art. 189, des mots *toutes actions*. Ces mots sont donc, dans l'un comme dans l'autre, exclusifs de toute exception en faveur des mineurs et des interdits.

On objecterait inutilement que l'art. 64 forme un droit absolument nouveau, au lieu que l'art. 189 est emprunté de l'ordonnance de 1673, qui comprenait expressément les mineurs dans la disposition qu'il renouvelle.

C'est précisément parceque l'art. 189 du Code de commerce renouvelle la disposition de l'ordonnance de 1673, sans y comprendre expressément, comme elle le faisait, les mineurs et les interdits, que l'on devrait y suppléer en faveur des mineurs et des interdits l'exception que cette ordonnance excluait formellement, s'il n'était pas de principe général que les prescriptions établies en termes généraux par le Code de commerce, atteignent les mineurs et les interdits, comme les majeurs jouissans de tous leurs droits.

Si donc les mineurs et les interdits sont compris dans la disposition de l'art. 189, il n'y a, ni ne peut y avoir aucune raison pour ne pas les comprendre également dans la disposition de l'art. 64; et tel est effectivement l'avis de M. Pardessus, dans son *Cours de droit commercial*, n° 1089.

Au surplus, *V.* l'article *Prescription*, sect. 1, §. 7, art. 2, quest. 1, n° 2.

SECTION VII. *Règles relatives à la dissolution de la Société.*]]

I. Une Société peut se terminer de différentes manières.

1° Lorsqu'elle a été contractée pour un temps limité, elle finit de plein droit quand ce temps est expiré.

2° La Société finit aussi, quand la négociation qui y a donné lieu, se trouve consommée, ou que la chose qui en était l'objet, n'existe plus: par exemple, si nous nous sommes associés pour acheter en Bourgogne cent queues de vin, avec projet de les vendre à Paris, il est clair que notre Société sera terminée aussitôt que le vin sera vendu.

Pareillement, si nous nous sommes associés pour acheter ensemble un cheval, afin de nous en servir alternativement, il est évident que, si le cheval vient à périr, il n'y aura plus de Société.

3° La Société, soit indéfinie, soit contractée pour un temps limité, finit de plein droit par la mort de l'un des associés.

La Société ainsi dissoute produit les deux effets suivans:

Le premier est que l'héritier, en succédant à la part qu'avait le défunt, au temps de sa mort, dans les biens de la Société, ne succède pas aux droits de la Société pour l'avenir; d'où il suit que, si, postérieurement à la mort d'un des associés, l'autre associé a fait un marché avantageux, l'héritier du défunt n'y peut prétendre aucune part; et dans le cas où le marché se trouve désavantageux, il ne doit lui en résulter aucun préjudice.

Le second effet de la dissolution de la Société par mort, consiste en ce qu'elle se trouve dissoute, même entre les associés survivans, à moins que, par le contrat, on ne soit convenu du contraire. C'est ce que porte la loi 65, §. 9, D. *pro socio*.

Cette décision est fondée sur ce que les qualités personnelles de chaque associé entrent en considération dans le contrat de Société. Il suit de là qu'on ne doit pas être obligé de rester dans une Société où l'on peut n'être entré qu'à cause des qualités personnelles de l'associé qui est venu à mourir.

4° La Société se dissout pareillement par la faillite de l'un des associés.

5° Enfin, la Société se dissout par le consentement mutuel des associés.

Mais l'un d'eux peut-il la dissoudre par sa seule volonté, en notifiant à ses associés qu'il n'entend plus à l'avenir rester en Société?

On doit, à cet égard, distinguer entre les Sociétés contractées sans aucune limitation de temps, et celles qui l'ont été pour un temps limité.

Quant aux premières, un seul associé peut dissoudre la Société, en notifiant à ses associés qu'il ne veut plus rester en Société; mais il faut que sa renonciation à la Société soit de bonne foi, et qu'elle ne soit pas faite à contre-temps.

Il n'y aurait pas de bonne foi dans cette renonciation, si l'associé ne l'avait faite que dans la vue de s'approprier à lui seul le profit que les associés s'étaient proposé de faire en contractant la Société.

Par exemple, deux marchands contractent une Société pour acheter ensemble les vins

d'un propriétaire de vignobles, sur lesquels il y a du bénéfice à faire ; et avant qu'ils aient été achetés pour le compte de la Société, l'un d'eux notifie à l'autre qu'il n'entend plus rester en Société ; ensuite, il achète les vins pour son compte particulier, afin d'avoir seul le bénéfice : il est clair qu'une telle renonciation est de mauvaise foi ; c'est pourquoi elle n'empêche pas que l'acheteur ne soit obligé de faire part du bénéfice à son associé. Mais il en serait autrement, si l'un des associés n'avait renoncé au marché qu'à cause qu'il en était dégoûté : sa renonciation s'étant faite tandis que les choses étaient encore entières, elle est de bonne foi et valable, et son associé n'a rien à prétendre contre lui. C'est ce que décide le jurisconsulte Paul, dans la loi 65, §. 4, du titre déjà cité : *Si Societatem ineamus ad aliquam rem emendam, deindè solus volueris eam emere, ideòque renunciasti Societati ut solus emeres, teneberis quanti interest mea; sed si ideò renunciaveris, quia emptio tibi displicebat, non teneberis, quamvis ego emero, quia hic nulla fraus est.*

La renonciation serait faite à contre-temps, si les choses n'étaient plus entières, et qu'il fût de l'intérêt de la Société d'attendre un temps plus favorable pour consommer la négociation qui a fait l'objet de la Société.

[[Mais si, par la nature de l'objet de la Société, il était impossible que l'un des associés y renonçât jamais de bonne foi et autrement qu'à contre-temps, il faudrait qu'il y restât toute sa vie, ou que, pour en sortir, il indemnisât son associé.

C'est par ce principe que le sieur Sutton, dans l'affaire rappelée ci-devant, §. 1, repoussait la plus forte objection du sieur O-Ryan.

La convention sociale est nulle, disait celui-ci, parcequ'elle forme un lien qui ne doit cesser qu'avec la vie, et qu'il répugne aux premières règles de la Société qu'elle soit éternelle.

« On a raison (répondait le défenseur du sieur Sutton), quand l'objet mis en Société, tel qu'une somme d'argent, des marchandises, etc., est susceptible d'une séparation facile ; car alors chacun peut reprendre sa propriété, et le pacte social est rompu. Mais ici, en est-il de même ? Et après avoir communiqué au sieur O-Ryan ma propriété, puis-je la retirer et la reprendre toute entière de ses mains ? C'est donc ici un pacte différent : c'est la nature même de la chose mise en Société, qui établit cette différence ; et ce n'est point au fruit du génie que peuvent s'appliquer les règles ordinaires établies pour les Sociétés des choses matérielles ou mercantiles. Là, un associé qui se retire, n'emporte que son bien propre. Ici, O-Ryan emporterait sans retour ma propriété : ce qui est bien différent. Or, dans toute Société, la maxime qu'on peut toujours se séparer, est subordonnée à cet autre principe de justice et d'équité, que la retraite d'un associé ne nuira point au co-associé ; sans quoi, cette rupture n'est plus licite.

» Que le sieur O-Ryan ne vienne donc pas réclamer la liberté de travailler sans partage pour sa famille et pour lui-même. Il se doit, avant tout, à la foi de ses engagemens ; et les droits du bienfaiteur qui l'a mis en état de travailler pour sa fortune et pour celle de sa famille, sont encore plus respectables et plus sacrés ; n'est-il pas juste qu'en le faisant exister, en lui procurant une source de bénéfices, je retire la portion que notre traité m'assure ? Il est donc clair que le sieur O-Ryan doit rester mon associé, ou me payer la somme de 12,000 livres stipulée par le billet qu'il a souscrit avec le sieur Badgès, pour le cas où notre convention serait violée ».

Ces raisons, comme nous l'avons déjà annoncé, ont enlevé tous les suffrages. Par arrêt du 1er mars 1785, rendu à la grand'chambre, au rapport de M. l'abbé Tandeau, le parlement de Paris a infirmé la sentence arbitrale dont le sieur Sutton était appelant ; en conséquence, a débouté le sieur O-Ryan de l'entérinement de ses lettres de rescision ; a ordonné l'exécution du traité de Société ; et en cas d'inexécution, a condamné les sieurs O-Ryan et Badgès, solidairement, au paiement des 12,000 livres portées par l'acte de cautionnement, sauf au sieur Badgès à exercer sa garantie contre le sieur O-Ryan, tant pour le principal que pour les dépens.]].

Lorsqu'une Société a été contractée pour un temps limité, les associés sont censés être convenus qu'ils ne pourraient pas la dissoudre, à moins qu'ils n'eussent pour cela quelque juste sujet.

Mais lorsque ce juste sujet a lieu, la renonciation qu'un associé fait signifier à ses associés, est valable et dissout la Société. Cette règle doit être observée, quand même il y aurait, dans le contrat de Société, une clause expresse portant que les associés ne pourraient se désister de la Société avant le temps fixé. Le jurisconsulte Pomponius a remarqué, [[dit la loi 14, D. *pro socio*]], qu'une telle clause était superflue, attendu que quand elle n'aurait pas été insérée au contrat, l'un des associés ne pourrait pas renoncer à la Société avant le temps, s'il n'en avait pas un juste sujet ; et que s'il en avait un, la clause n'empêcherait pas que sa renonciation ne fût valable.

Un associé a un juste sujet de renoncer à

la Société avant le temps fixé, lorsque son associé n'exécute pas les conditions de la Société, ou qu'il est prouvé qu'il tient une mauvaise conduite dans la gestion des affaires de la Société, ou qu'étant affligé de quelque infirmité habituelle, il ne peut pas vaquer aux opérations dont il est chargé, etc.

Observez que, quand la renonciation à la Société peut donner lieu à quelque différend, l'associé qui l'a faite, doit prudemment en faire prononcer la validité par le juge. La raison en est que, si, postérieurement à la renonciation, les associés à qui elle a été notifiée, viennent à faire des pertes, ils pourront opposer au renonçant le défaut de sa renonciation, et que, si elle est jugée faite de mauvaise foi ou à contre-temps, il supportera sa part dans ces pertes; au lieu que, si, depuis la renonciation, la Société vient à faire des gains, le renonçant n'y pourra rien prétendre, parcequ'il est non-recevable à soutenir lui-même la nullité de sa renonciation et en opposer les défauts.

[[Voici ce que règle, sur tout cela, le Code civil.

» Art. 1865. La Société finit 1° par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée;

» 2° Par l'extinction de la chose, ou la consommation de la négociation;

» 3° Par la mort naturelle de quelqu'un des associés;

» 4° Par la mort civile, l'interdiction ou la déconfiture de l'un d'eux;

» 5° Par la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être pas en Société.

» 1866. La prorogation d'une Société à temps limité, ne peut être prouvée que par un écrit revêtu des mêmes formes que le contrat de Société.

» 1867. Lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée, opère la dissolution de la Société par rapport à tous les associés.

» La Société est également dissoute, dans tous les cas, par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun, et que la propriété en est restée dans la main de l'associé.

» Mais la Société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a été déjà rapportée à la Société.

» 1868. S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la Société continuerait avec son héritier, ou seulement entre les associés survivans, ces dispositions seront suivies, au second cas, l'héritier du décédé n'a droit qu'au partage de la Société, eu égard à la situation de cette Société lors du décès, et ne participe aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils font une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède.

» 1869. La dissolution de la Société par la volonté de l'une des parties, ne s'applique qu'aux Sociétés dont la durée est illimitée, et s'opère par une renonciation notifiée à tous les associés, pourvu que cette renonciation soit de bonne foi, et non faite à contre-temps.

» 1870. La renonciation n'est pas de bonne foi, lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul le profit que les associés s'étaient proposé de retirer en commun.

» Elle est faite à contre-temps, lorsque les choses ne sont plus entières, et qu'il importe à la Société que sa dissolution soit différée.

» 1871. La dissolution des Sociétés à terme ne peut être demandée par l'un des associés avant le terme convenu, qu'autant qu'il y en a de justes motifs, comme lorsqu'un autre associé manque à ses engagemens, ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la Société, ou autres cas semblables, dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage des juges ».

Section VIII. *De la liquidation, du compte et du partage de la Société après sa dissolution; des pouvoirs des liquidateurs.*]]

I. Quand la Société est dissoute, chacun des précédens associés est fondé à demander à ses associés ou à leurs héritiers, qu'il soit procédé entre eux au compte et au partage des choses communes.

Celui qui intente la demande en partage, doit l'intenter contre tous ses associés ou leurs héritiers : s'il ne l'avait intentée que contre un seul, celui-ci serait fondé à demander par exception, que le demandeur eût à mettre en cause tous les autres, le partage devant avoir lieu entre tous les intéressés.

II. Tant que les associés ou leurs héritiers possèdent en commun les choses communes, on ne peut opposer aucune prescription contre l'action en partage; mais s'ils avaient possédé chacun séparément pendant plus de trente ans, on pourrait opposer la prescription trentenaire, sur le fondement qu'il y aurait lieu de

présumer qu'il serait intervenu entre eux un partage dont l'acte se serait perdu.

[[*V.* ci-devant, sect. 6, §. 3, n° 3.]]

III. Avant de procéder au partage, il convient de compter de ce que chacun doit à la communauté à partager, et de ce qui lui est dû par cette communauté.

Après ce compte, on forme la masse ou l'état détaillé des différentes choses dont la communauté est composée; ensuite, on procède au partage. (M. Guyot.)*

[[*V.* l'art. 872 du Code civil, rapporté au mot *Partage*, §. 9.

IV. Fort souvent, en dissolvant une Société, ceux qui la composaient, préposent à la liquidation, soit un ou plusieurs d'entre eux, soit une ou plusieurs personnes tierces.

Quels sont les pouvoirs de ces *liquidateurs*? Aucune loi ne les a définis; et l'on ne peut conséquemment en régler les limites, que d'après les expressions plus ou moins étendues des conventions par lesquelles les liquidateurs sont nommés.

V. Quelquefois, à la dissolution d'une Société, l'un des associés se charge, moyennant une somme que lui remet l'autre, d'en liquider et acquitter toutes les dettes; qu'arrive-t-il alors, si un créancier de la Société confie au premier une procuration pour recevoir toutes ses créances sans distinction; et si, en vertu de cette procuration, l'associé liquidateur donne quittance à l'autre? Celui-ci est-il, par cette quittance, valablement libéré envers le créancier commun?

Cette question s'est présentée dans l'espèce suivante.

Le sieur Greffulhe et le sieur Montz, tous deux Génevois, avaient, en Société, une maison de banque à Paris, chargée en France des affaires du sieur Impey, Anglais, qui avait de très-gros capitaux dans nos fonds publics; elle correspondait à ce sujet avec les sieurs Muilman, banquiers à Londres.

Le 5 avril 1793, les sieurs Muilman lui transmirent, au nom du sieur Impey, une somme considérable qu'ils la prièrent d'employer, sous leur nom social, *Greffulhe, Montz et compagnie*, en acquisition d'effets publics. Le sieur Montz toucha cette somme et en acheta, au nom de la Société, 416 billets de 1,000 francs de l'emprunt de 125 millions.

Dans la contestation dont il va être parlé, le sieur Greffulhe a prétendu que cette opération avait été faite à son insçu, qu'il ne demeurait plus alors à Paris, qu'il était, depuis deux mois, retiré à Londres, et que, depuis la même époque, il avait, ainsi que le sieur Montz, annoncé à tous leurs correspondans communs, que leur société était dissoute pour tout ce qui pouvait consister en affaires nouvelles. Pour le prouver, il a produit une lettre circulaire de la maison Greffulhe et Montz, du premier octobre 1793, ainsi conçue: « *Il y a déjà quelque temps* que nous avons prévenu la plupart de nos correspondans, de » la nécessité absolue où nous nous trouvons » de ne plus nous adresser aucune nouvelle » affaire, et de nous borner à la liquidation » de nos comptes avec eux. Nous nous étions » réservé de continuer la recette des rentes; » de nouveaux motifs nous déterminent maintenant à renoncer à cette partie. Nous vous » proposons d'accorder votre confiance, à ce » sujet, à Armand Bévière...».

Mais la lettre contenant l'avis circulaire que rappelle celle ci, n'était pas représentée; et il était bien probable qu'elle n'avait été adressée, du moins aux sieurs Muilman, de Londres, que le 21 septembre 1793; car on produisait une lettre de ces derniers, datée du 18 octobre suivant, par laquelle, en accusant aux sieurs Greffulhe et Montz la réception de la leur du 21 novembre, ils leur disaient: *Nous prenons note de ne pas vous adresser de nouvelles affaires.*

Aussi a-t-il paru constant que la lettre du 5 avril 1793 et l'opération qui s'en était suivie, avaient précédé l'avis donné par la maison Greffulhe et Montz à ses correspondans, qu'elle ne se chargerait plus désormais d'aucune affaire nouvelle.

Quoi qu'il en soit, le 5 avril 1795, le sieur Montz adressa au sieur Greffulhe, à Londres, le compte du sieur Impey, dans lequel il n'était fait aucune mention des 416 billets de l'emprunt de 125 millions, et qui constituait la société débitrice du sieur Impey d'un solde de 83,195 livres.

Le sieur Greffulhe remit ce compte aux sieurs Muilman, qui, le trouvant juste, en accusèrent la réception au sieur Montz, le 12 mai de la même année, en le chargeant de remettre à Bévière, Cartier et compagnie, la somme de 83,195 livres, qui en formait le solde, ainsi que *tous les papiers* qui pouvaient concerner le sieur Impey.

Le premier juin suivant, lettre aux sieurs Muilman, ainsi conçue: « Vous avez été prévenus par notre circulaire du 1er octobre » 1793, que nous avions transporté aux cit. » Bevière et compagnie, la perception des » rentes sur l'État, dont notre maison se trou-

» vait chargée. Nous vous annonçons main- » tenant qu'à compter de ce jour, notre » maison de commerce est et demeurera » éteinte. Notre sieur Montz reste seul chargé » de la signature pour la liquidation de la » Société que nous venons de dissoudre. *Signé* Greffulhe, Montz et compagnie ».

Le 29 du même mois, autre lettre aux mêmes, par laquelle le sieur Montz leur mande que, conformément à leur ordre du 12 mai, il a remis à Bévière, et sur la quittance de celui-ci, dont il envoie un double, la somme de 83,195 livres qui leur revient pour solde, ainsi que tous les titres et contrats d'Impey; *au moyen de quoi*, ajoute-t-il, *votre compte chez nous se trouve entièrement balancé.* Cette lettre est signée *Montz, pour la liquidation de Greffulhe, Montz et compagnie.*

Le 31 décembre suivant, traité entre les sieurs Greffulhe et Montz, par lequel celui-ci, au moyen d'une somme de 46,570 livres sterling que lui paie le premier, se charge de liquider et de solder à ses frais tout ce qui regarde leur ancienne Société. Ce traité est annoncé, les 3, 16 et 20 mars 1797, dans la gazette de Leyde, dans le *Times*, et dans le *Morning-Chronicle*, avec avertissement à tous les créanciers et débiteurs de l'ancienne maison Greffulhe, Montz et compagnie, *de s'adresser immédiatement au sieur Montz, à Paris, qui a pris à ses comptes et risques, et sous son seul et privé nom, la liquidation définitive de cette maison.*

Montz, qui, par sa lettre du 29 juin 1795, avait, comme on vient de le voir, annoncé aux sieurs Muilman avoir remis à Bévière et compagnie tous les titres et contrats d'Impey, ne lui avait cependant pas fait la remise des 416 billets de l'emprunt de 125 millions. Bévière et compagnie, interpellés à ce sujet par les sieurs Muilman, leur répondirent, le 25 septembre de la même année, que Montz avait encore à leur remettre ces billets, lesquels, dirent-ils, *sont liquidés pour* 416,000 *livres, produisant* 20,800 *livres de rente.*

Il paraît que onze mois s'écoulèrent encore sans que Bévière et compagnie fissent aucune démarche pour retirer ces billets des mains de Montz, sans que les sieurs Muilman s'en occupassent, sans que le sieur Greffulhe fût prévenu, par les uns ou les autres, des difficultés et des retards que cette affaire éprouvait.

Ce ne fut que le 1er septembre 1796, que Bévière et compagnie, pressés enfin par les sieurs Muilman, leur répondirent : « Quant » aux 416 billets, comme ils étaient enregis- » trés sous le nom de Greffulhe, Montz et » compagnie, nous leur avons remis (*c'est à-* » *dire, nous avons remis a Montz*) les pieces » nécessaires pour qu'ils en obtiennent l'ins- » cription ».

Le 1er octobre 1797, Montz se trouvant à Londres, et la maison Muilman étant faillie, Impey écrit au premier, pour avoir des renseignemens sur les 416 billets. Montz lui répond, le 7 du même mois : « Il est effective- » ment vrai qu'étant resté chargé de la liqui- » dation de ma précédente Société de com- » merce, sous la raison de Greffulhe, Montz » et compagnie, j'ai à vous transférer les ins- » criptions sur le grand livre de la dette pu- » blique, provenant de 416 billets de 1.000 » livres chaque, de l'emprunt de 125 millions. » Ces inscriptions avaient été mises sous notre » propre nom, d'après les ordres de Messieurs » Muilman et compagnie. J'ai cru convenable » d'avoir directement vos ordres à cet égard; » et je vous prie, en conséquence, de vouloir » bien me faire savoir si je dois faire inscrire » en votre nom ces 416,000 livres de capital » sur le grand livre de la dette publique, ou » si vous désirez que j'en fasse le transfert en » un autre nom que le vôtre ».

Sur ces entrefaites, arrive à Londres la nouvelle que Bévière et compagnie ont fait faillite à Paris. En conséquence, le 10 novembre 1797, Impey passe, devant le notaire Tobie Atkinson, une procuration par laquelle il charge Montz personnellement « de retirer » des mains de Bévière et compagnie, *ou de* » *tous autres qu'il appartiendra*, tous les » titres et créances perpétuelles, viagères, » et pensions appartenant au constituant sur » les revenus de la république française, de » quelque nature qu'ils puissent être, comme » aussi celles sur tous particuliers, et titres, » pièces et renseignemens quelconques; comp- » ter avec les dépositaires ou détenteurs des » titres, ou autres débiteurs dudit consti- » tuant; débattre, clore et arrêter leurs » comptes, tant en recette qu'en dépense; en » fixer, payer ou recevoir les reliquats; sui- » vre, dans tels bureaux qu'il appartiendra, » la liquidation de ceux de ces titres de » créance dont la remise a été ordonnée par » les décrets....; faire inscrire le constituant » sur le grand livre de la dette publique, pour » le montant desdites créances; retirer un » extrait de cette inscription; toucher et re- » cevoir, de qui il appartiendra, les arréra- » ges échus et à échoir à l'avenir, de toutes » lesdites créances...; vendre tout ou partie » desdites créances, en recevoir le prix, tou- » cher tous remboursemens qui pourraient » être offerts ou ordonnés; faire, d'après les » ordres du constituant, la négociation des

» valeurs et effets qui seront donnés en paie-
» ment; remettre tous titres et pièces, de tous
» reçus, et remises de pièces; généralement
» quelconques, donner et retirer toutes quit-
» tances et décharges valables; signer tous
» émargemens, déclarations et autres actes
» que besoin sera; comme aussi représenter
» ledit constituant et assister pour lui aux
» assemblées de créanciers desdits sieurs Bé-
» vière et compagnie, etc. ».

Muni de cette procuration, le sieur Montz écrit au sieur Greffulhe, le 30 novembre 1797: « Je vous préviens que, d'après l'entretien » que j'ai eu avec le chevalier Impey, il m'a » prié de me charger de toutes ses affaires » et de ses intérêts dans les fonds de France. » Il m'a en conséquence remis une procura-» tion *ad hoc*, passée, le 10 courant, devant » le notaire Atkinson et témoins, par laquelle » je suis autorisé et chargé de retirer de Bé-» vière et compagnie, *ou de tous autres*, les » effets et créances qu'il peut avoir en France. » *Vous en êtes donc bien valablement dé-*» *chargé*. Je vous salue bien *sincèrement*».

Le 12 nivôse an 10, acte par-devant notaires à Paris, par lequel le sieur Impey révoque la procuration du sieur Montz, et en donne une nouvelle à M. Perregaud, sénateur, pour retirer des mains du sieur Montz tous ses titres et son argent.

Le sieur Montz remet tout, hors les 416 billets qu'il n'a plus en sa possession, les ayant remplacés par une inscription sur le grand livre, dans la composition de laquelle il avait fait entrer d'autres créances étrangères à Impey. Mais il offre en paiement une partie d'une créance de 1,200,000 livres sur l'état, qui avait appartenu à la Société, comme cessionnaire de M. le duc d'Orléans, et dont il se trouvait seul propriétaire en vertu du traité du 31 décembre 1795.

Cette offre n'est pas acceptée; et en conséquence, le sieur Impey fait assigner le sieur Greffulhe et le sieur Montz au tribunal de commerce de Paris, pour se voir condamner solidairement à lui remettre, soit les 416 billets, soit l'inscription qui doit les représenter; sinon, à lui en payer la valeur.

Le 14 germinal an 10, jugement par défaut, qui prononce conformément à ces conclusions.

Le sieur Greffulhe y forme opposition. Sur cette opposition, le tribunal de commerce ordonne que le sieur Montz sera mis en cause.

Le sieur Montz comparait, offre au sieur Impey de lui abandonner, en paiement, une partie d'une inscription de 92,535 francs de rente qu'il a sur le grand livre, en s'obligeant de rapporter, dans trois mois, main levée de l'opposition dont elle se trouve grevée; et attendu qu'au moyen de cette offre, le sieur Impey se trouve sans intérêt, il conclud à ce qu'en le recevant opposant au jugement par défaut, le tribunal de commerce déclare le sieur Impey non-recevable.

Le sieur Greffulhe, de son côté, soutient qu'il n'est point personnellement débiteur d'Impey; que l'affaire des 416 billets est étrangère à l'ancienne Société, et absolument personnelle au sieur Montz; qu'en tout cas, il en a été libéré par la lettre de celui-ci, du 30 novembre 1797: il conclud, en conséquence, à ce qu'Impey soit déclaré non-recevable, et subsidiairement à ce que Montz soit tenu de le garantir et indemniser.

Le 2 vendémiaire an 11, jugement qui, joignant les deux causes, ordonne qu'il en sera délibéré; et qu'à cet effet, les parties remettront leurs pièces sur le bureau.

Le 26 brumaire suivant, le tribunal de commerce rend un jugement dans les qualités duquel ne figurent plus qu'Impey et Greffulhe; il reçoit celui-ci opposant au jugement par défaut, et le décharge de la demande d'Impey, *sauf à ce dernier à suivre ses droits vis-à-vis de Montz, défenses réservées au contraire*.

Le 6 nivôse an 11, le sieur Impey fait signifier au sieur Greffulhe un acte d'appel de ce jugement.

Le 20 pluviôse suivant, il fait une signification semblable au sieur Montz.

Le 17 ventôse, le sieur Montz, intimé sur ce second appel, fait défaut à l'audience. Par arrêt du même jour, la cour d'appel, avant d'adjuger le profit de ce défaut, ordonne que la cause de Montz sera jointe à celle de Greffulhe. Cet arrêt est signifié à l'avoué constitué par le sieur Montz, qui laisse écouler la huitaine sans y former opposition.

Mais, le premier germinal suivant, il signifie une requête par laquelle il expose que la contestation entre lui et Impey, est encore pendante au tribunal de commerce; que le jugement de ce tribunal, du 26 brumaire, ne prononce rien entr'eux; qu'ainsi, Impey est non-recevable dans l'appel qu'il en a interjeté à son égard. Il conclud, en conséquence, à ce qu'il soit déclaré avoir été *follement intimé* sur cet appel, et à ce que l'assignation à lui donnée le 20 pluviôse, soit annulée, sauf à Impey à se pourvoir devant le tribunal de commerce pour faire juger le fond du différend.

Le 3 du même mois, arrêt définitif par lequel,

« Attendu 1° Que Greffulhe et Montz ont été chargés de la totalité des intérêts que le chevalier Impey avait dans les fonds de France, jusqu'à l'époque de la dissolution de leur Société, à laquelle Montz en a été liquidateur;

» 2° Que, par suite de cette dissolution de Société, et après avoir indiqué à Impey les citoyens Bévière et compagnie, négocians à Paris, pour régir ses affaires, ils n'ont néanmoins remis à ceux-ci qu'une partie des créances appartenant à Impey, et ont retenu en leurs mains 416 billets au porteur, de 1,000 livres chacun, provenant de l'emprunt de 125 millions, ou l'inscription qui en est résultée; et que, ni les associés en nom collectif, ni Montz, en sa qualité de liquidateur, ne lui ont rendu aucun compte de cet objet;

» 3° Qu'il est constant, entre les parties, que Montz étant à Londres, ainsi que Greffulhe, dans le mois d'octobre 1797, ledit Montz a écrit à Impey qu'en sa qualité de chargé de la liquidation de la Société Greffulhe et Montz, *il avait à lui faire le transfert des inscriptions provenant des 416 billets au porteur de l'emprunt susmentionné, et lui demandait ses ordres pour savoir s'il mettrait cette inscription sous son nom, ou sous celui de tout autre*; que, d'après cette déclaration, Impey, *tranquillisé* sur cet objet, *n'a eu aucune mesure ultérieure à prendre, mais a laissé* in statu quo *ses affaires avec Greffulhe et Montz*; que, sur la nouvelle parvenue à Londres, au commencement de novembre 1797, de la faillite de Bévière et Cartier, de Paris, alors chargés d'une partie des intérêts d'Impey, et sur les offres de service à lui faites à cette occasion par Montz (alors à Londres, ainsi que Greffulhe), Impey donna à Montz une procuration, dont l'objet évident était de retirer de chez Bévière et Cartier, faillis, les pièces et les fonds dont ceux-ci pourraient être nantis; que cette procuration, datée du 19 novembre 1797, tant dans son ensemble que dans ses détails, se RÉFÈRE UNIQUEMENT aux affaires d'Impey avec lesdits Bévière et Cartier; qu'il résiste à toute raison d'appliquer cette procuration aux affaires qu'Impey avait avec la Société Greffulhe et Montz, puisqu'il n'est pas naturel de donner à un individu une procuration à l'effet de discuter des affaires dans lesquelles il a un intérêt contraire; que Montz ne pouvait pas agir en deux qualités opposées, et stipuler, d'un côté, les intérêts d'Impey contre une Société dont il était membre, et, de l'autre, les intérêts de la Société contre ledit Impey; que la prétendue décharge donnée par Montz à Greffulhe, par un simple billet daté de Londres, n'est que l'effet d'une application fausse et abusive de la procuration d'Impey, de laquelle on ne peut pas faire résulter une pareille autorisation, surtout si l'on considère qu'à cette époque, toutes les parties étaient à Londres, où elles pouvaient traiter directement: enfin qu'Impey n'ayant jamais donné ni chargé qui que ce soit de donner en son nom une décharge à la Société Greffulhe, Montz et compagnie, ces derniers sont demeurés ses obligés solidaires pour la partie de ses fonds qu'ils avaient retenue entre leurs mains;

» Attendu que Montz ayant été partie en cause principale, et y ayant signifié des conclusions, la cause était en état avec lui, et que les premiers juges devaient statuer sur les demandes formées par lui et contre lui; ce qu'ils ont omis de faire;

» La cour (d'appel de Paris) dit qu'il a été mal jugé; émendant, décharge Impey des condamnations contre lui prononcées; au principal, condamne Greffulhe à rendre et à restituer à Impey les inscriptions ou coupures d'inscriptions que la Société Greffulhe et Montz a dû prendre pour le montant des 416 billets au porteur, de 1000 livres chaque, de l'emprunt de 125 millions, ou toute inscription de même origine et valeur; et, à défaut de ce, de lui en payer la valeur, au plus haut cours que les inscriptions ont été à la Bourse, dans l'intervalle du dernier compte rendu par Greffulhe et Montz à Impey, jusqu'à ce jour, lequel cours sera constaté par les syndics des agens de change, avec les intérêts tels que de droit;

» Adjugeant le profit du défaut obtenu contre Montz, et joint à la cause par jugement du 17 vendémiaire dernier, déclare communes avec lui les déclarations ci-dessus prononcées; en conséquence, le condamne solidairement avec Greffulhe à en acquitter les causes en principal, intérêts et frais; condamne Greffulhe et Montz aux dépens des causes principale, d'appel et demandes, chacun endroit soi, sauf à Greffulhe à suivre contre Montz la demande en garantie par lui originairement formée; sur le surplus des fins et conclusions, met les parties hors de cause ».

Le sieur Greffulhe se pourvoit en cassation.

« Que les contrats (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 6 frimaire an 14) soient sacrés pour les tribunaux chargés d'en ordonner l'exécution, comme pour les parties qui les ont signés, c'est une vérité qui porte sa preuve avec elle-même.

» Que la violation des contrats soit, contre les jugemens en dernier ressort, un moyen

infaillible de cassation, c'est ce que votre jurisprudence ne permet plus depuis long-temps de révoquer en doute (1).

» Mais il faut bien distinguer, dans un jugement rendu en dernier ressort sur un contrat, l'interprétation plus ou moins juste, d'avec la violation proprement dite. Les cours supérieures ont, dans leurs attributions, le droit d'errer impunément dans l'interprétation d'un contrat. Mais autre chose est d'interpréter mal, autre chose est de le violer ouvertement; autre chose est de juger qu'une disposition contractuelle ne présente pas tel ou tel sens, autre chose est de supprimer cette disposition, de la déchirer, de prononcer comme si elle n'existait pas.

» A l'aide de cette distinction, qui repose sur des bases inattaquables, et que vos arrêts ont perpétuellement consacrée (2), il nous sera facile de discerner ce qu'il y a de bien et de mal fondé dans les diverses violations de contrats que le sieur Greffulhe reproche à la cour d'appel de Paris.

» Qu'a fait cette cour, quand elle a jugé que le sieur Greffulhe était obligé solidairement avec le sieur Montz, par l'opération que celui-ci avait faite pour le compte du sieur Impey? A-t-elle violé, a-t-elle supprimé, un contrat précédemment passé entre le sieur Impey et le sieur Greffulhe? Non, Messieurs : elle a seulement jugé qu'à l'époque de cette opération, la Société Greffulhe et Montz n'avait pas encore averti le sieur Impey, ou, ce qui est la même chose, les sieurs Muilman, de Londres; que désormais elle se tenait pour dissoute relativement à toute entreprise d'affaires nouvelles : et il est bien démontré, par les pièces dont M. le rapporteur vous a présenté le détail, qu'en jugeant ainsi, la cour d'appel n'a décidé qu'une question sur laquelle les titres produits de part et d'autre, laissent beaucoup de nuages.

» Qu'a fait la cour d'appel de Paris, quand elle a jugé que le sieur Greffulhe n'était pas libéré envers le sieur Impey, par l'acceptation que celui-ci avait faite, en 1795, du compte de la Société Greffulhe et Montz, compte dans lequel cette Société n'était constituée débitrice que d'un solde de 83,195 livres? A-t-elle, par-là, violé la clause de ce compte qui fixait à 83,195 livres la dette de la Société Greffulhe et Montz? Non : elle a seulement jugé que, même après avoir accepté ce compte, le sieur Impey pouvait encore revenir sur la Société Greffulhe et Montz, en prouvant qu'elle lui devait plus qu'elle ne lui avait renseigné. Elle a seulement fait une application bonne ou mauvaise, de l'adage *erreur n'est pas compte;* et, qu'elle ait bien ou mal appliqué cet adage, il importe peu : dans un cas comme dans l'autre, elle n'a contrevenu à aucune loi.

» Qu'a fait la cour d'appel, quand elle a jugé que la Société Greffulhe et Montz n'avait pas été déchargée envers le sieur Impey, par la remise momentanée que le sieur Montz avait faite, en 1796, à la maison Bévière, de 416 billets dont il s'agit? A-t-elle, par-là, enfreint la loi qui veut que toute dette soit éteinte par le paiement, et qu'elle ne puisse plus revivre sans le consentement de toutes les parties que le paiement a libérées? Pas davantage. Elle a seulement jugé que la remise matérielle des 416 billets à la maison Bévière n'avait pas suffi pour libérer la Société Greffulhe et Montz; elle a seulement jugé que la Société Greffulhe et Montz n'avait pu être libérée envers le sieur Impey, que par un transfert fait au nom de cette Société; et qu'à défaut d'un pareil transfert, cette Société était demeurée débitrice.

» Mais, d'un autre côté, qu'a fait la cour d'appel quand elle a jugé, et que la procuration donnée par le sieur Impey au sieur Montz le 10 novembre 1797, ne contenait pas le pouvoir de libérer le sieur Greffulhe envers le sieur Impey, et qu'en conséquence, la décharge accordée par le sieur Montz au sieur Greffulhe, le 30 du même mois, n'opérait pas la libération de celui-ci? A-t-elle simplement interprété bien ou mal cette procuration; ou l'a-t-elle altérée, l'a-t-elle détruite, l'a-t-elle violée dans une de ses clauses? Cette question n'est pas difficile à résoudre.

» Quel pouvoir le sieur Impey a-t-il conféré au sieur Montz par sa procuration du 10 novembre 1797? Celui de retirer des mains de Bévière *ou de tout autre qu'il appartiendra*, ses titres de créances sur la république française, *comme aussi de celles sur tous particuliers;* de compter avec les *dépositaires ou détenteurs des titres, ou autres débiteurs du constituant, clore et arrêter leurs comptes tant en recette qu'en dépense; en fixer, payer ou recevoir les reliquats ..., de tous reçus et remises de pièces généralement quelconques, donner et retirer toutes quittances et décharges valables.*

» Et un pouvoir aussi étendu ne renfermait pas celui de retirer des mains de la Société Greffulhe et Montz, les titres de créance du sieur Impey sur la république! Il ne renfermait pas celui de compter avec la Société Greffulhe et Montz, en prouvant qu'elle lui devait plus qu'elle ne lui avait renseigné. Elle a seulement fait une application bonne ou mauvaise, de l'adage *erreur n'est pas compte;* et, qu'elle ait bien ou mal appliqué cet adage, il importe peu : dans un cas comme dans l'autre, elle n'a contrevenu à aucune loi.

» Qu'a fait la cour d'appel, quand elle a jugé que la Société Greffulhe et Montz n'avait pas été déchargée envers le sieur Impey, par la remise momentanée que le sieur Montz avait faite, en 1796, à la maison Bévière, de 416 billets dont il s'agit? A-t-elle, par-là, enfreint la loi qui veut que toute dette soit éteinte par le paiement, et qu'elle ne puisse plus revivre sans le consentement de toutes les parties que le paiement a libérées? Pas davantage. Elle a seulement jugé que la remise matérielle des 416 billets à la maison Bévière n'avait pas suffi pour libérer la Société Greffulhe et Montz; elle a seulement jugé que la Société Greffulhe et Montz n'avait pu être libérée envers le sieur Impey, que par un transfert fait au nom de cette Société; et qu'à défaut d'un pareil transfert, cette Société était demeurée débitrice.

» Mais, d'un autre côté, qu'a fait la cour d'appel quand elle a jugé, et que la procuration donnée par le sieur Impey au sieur Montz le 10 novembre 1797, ne contenait pas le pouvoir de libérer le sieur Greffulhe envers le sieur Impey, et qu'en conséquence, la décharge accordée par le sieur Montz au sieur Greffulhe, le 30 du même mois, n'opérait pas la libération de celui-ci? A-t-elle simplement interprété bien ou mal cette procuration; ou l'a-t-elle altérée, l'a-t-elle détruite, l'a-t-elle violée dans une de ses clauses? Cette question n'est pas difficile à résoudre.

» Quel pouvoir le sieur Impey a-t-il conféré au sieur Montz par sa procuration du 10 novembre 1797? Celui de retirer des mains de Bévière *ou de tout autre qu'il appartiendra*, ses titres de créances sur la république française, *comme aussi de celles sur tous particuliers;* de compter avec les *dépositaires ou détenteurs des titres, ou autres débiteurs du constituant, clore et arrêter leurs comptes tant en recette qu'en dépense; en fixer, payer ou recevoir les reliquats ..., de tous reçus et remises de pièces généralement quelconques, donner et retirer toutes quittances et décharges valables.*

» Et un pouvoir aussi étendu ne renfermait pas celui de retirer des mains de la Société Greffulhe et Montz, les titres de créance du sieur Impey sur la république! Il ne renfermait pas celui de compter avec la Société Greff-

(1) *V.* sur cette proposition, le plaidoyer du 29 janvier 1808, rapporté ci-dessus, §. 3, art. 2, n. 1.

(2) *V. Ibid.*

fulhe et Montz, comme dépositaire des titres du sieur Impey, comme débitrice du sieur Impey ! Il ne renfermait pas celui de recevoir de la Société Greffulhe et Montz, les reliquats de son compte avec le sieur Impey ! Il ne renfermait pas celui de donner à la Société Greffulhe et Montz, *quittance et décharge valables* des titres, des sommes qu'elle devait remettre au sieur Impey !

» Sur quoi donc peut-on appuyer des assertions aussi manifestement démenties par le texte même de la procuration du 10 novembre 1797 ?

» On les appuie sur deux raisons, qu'il est de notre devoir de discuter, successivement.

» Premièrement, dit-on, la procuration *se réfère uniquement* aux affaires d'Impey avec Bévière.

» *Uniquement !* Mais le contraire est prouvé tant par les circonstances dans lesquelles cette procuration a été passée, que par ses propres dispositions.

» La procuration a été passée dans un moment où le sieur Impey venait d'apprendre la faillite de Bévière, et où, par conséquent, il sentait le besoin impérieux de remplacer Bévière en France par un autre fondé de pouvoir. Il était donc bien naturel qu'il investît son nouveau mandataire de la même confiance qu'il avait précédemment accordée à Bévière ; il était donc bien naturel qu'il cherchât un second Bévière dans le successeur qu'il lui donnait ; il était donc bien naturel qu'il étendît à toutes les affaires qu'il avait en France, le mandat dont il chargeait le sieur Montz ; le sieur Montz devait donc être, comme l'avait été Bévière, revêtu du pouvoir de liquider les comptes avec tous les débiteurs du sieur Impey, sans distinction, et de leur donner *toutes quittances et décharges valables*.

» A cette première circonstance, qui est déjà si décisive, il s'en joint une autre qui l'est encore davantage. La procuration donnée par le sieur impey au sieur Montz, le 10 novembre 1797, n'est que la copie littérale d'un modèle imprimé de procuration qu'avaient adressé au premier les sieurs Contremoulin et Texier de Paris. Et voulons-nous savoir quelle idée le sieur Impey lui-même avait conçue de ce modèle de procuration, à la lecture qu'il en avait faite ? Écoutons le dans la lettre qu'il a écrite à ce sujet au sieur Montz, en octobre 1797 : *L'embarras que je viens actuellement vous causer, est occasionné par une lettre imprimée que je reçus hier de la part de deux messieurs à Paris, sous la signature de Contremoulin et Texier, par laquelle ils m'informent que la maison de Bévière a arrêté ses paiemens. Ils ajoutent qu'ils ont été chargés de la partie qui concerne les rentes, dans cette maison, depuis vingt ans, m'offrant leurs services pour la perception de mes rentes, et la liquidation de tous comptes avec Bévière. A cet effet, ils m'ont transmis, afin que je l'exécute, une procuration imprimée des plus étendues, qui leur donne, non-seulement les pouvoirs nécessaires pour cet objet, mais encore pour* TOUS *mes intérêts pécuniaires à Paris.*

» C'est donc le sieur Impey lui-même, qui, en priant le sieur Montz de se charger de la procuration qu'avaient demandée pour eux les sieurs Contremoulin et Texier, l'avertit que cette procuration n'est pas bornée à ses affaires avec la maison faillie de Bévière, mais qu'elle embrasse *tous ses intérêts pécuniaires à Paris.* Et il viendra soutenir aujourd'hui que cette procuration n'est relative qu'aux intérêts qu'il avait à démêler avec Bévière ! Disons-le franchement : il n'y a de réel, dans une prétention aussi étrange, que la hardiesse avec laquelle il la met en avant.

» Mais indépendamment du jour que répand sur la procuration du sieur Impey, le commentaire qu'il en a ainsi fait lui-même avant de la signer, est-il un homme impartial qui puisse résister à l'évidence des clauses qu'elle renferme ? Il est inutile de vous les répéter : elles portent le caractère le plus manifeste d'un pouvoir qui, loin de se borner aux affaires de Bévière, s'étend à tous les débiteurs, à tous les comptables, à tous les détenteurs et dépositaires des titres de créance du sieur Impey ; et ce qui achèverait, au besoin, de dissiper jusqu'au plus léger nuage, c'est qu'elles comprennent, en termes exprès, même les créances non encore appartenantes au sieur Impey, même les *arrérages à échoir à l'avenir* de ses créances actuelles, même les créances *qui pourront lui appartenir par la suite, à quelque titre que ce soit.*

» On dit ensuite que, si la procuration du 10 novembre 1797 pouvait être considérée comme embrassant toutes les affaires du sieur Impey en France, du moins elle ne serait pas applicable aux affaires que le sieur Impey pouvait avoir avec la Société Greffulhe et Montz ; et pourquoi donc ne le serait-elle pas ? *Parce qu'il n'est pas naturel de donner à un individu une procuration à l'effet de discuter des affaires dans lesquelles il a un intérêt contraire ;* parce que le sieur Montz *ne pouvait pas agir en deux qualités opposées, et stipuler, d'un côté, les intérêts d'Impey contre une Société dont il était membre, et de*

l'autre, les intérêts de la Société contre Impey.

» Comme si ce n'était pas, en droit, une chose très-commune, et pour, ainsi dire, journalière, de voir une même personne figurer dans un contrat, dans un jugement, sous deux qualités différentes! Comme si très-fréquemment on ne voyait pas un co-héritier traiter avec ses co-héritiers, tant en son nom privé, que comme fondé de pouvoir, soit d'un légataire universel ou particulier, soit d'un ou de plusieurs créanciers de la succession! Comme si, tous les jours, un associé ne vendait pas, ne prêtait pas, ne payait pas, comme individu, à la Société dont il est membre! Comme si, tous les jours, une Société ne transigeait pas avec un individu qui fait partie d'elle-même, et qui a en même temps des intérêts particuliers à régler avec elle! Comme si nous ne lisions pas dans les lois romaines, que le mandataire qui se trouve débiteur de son commettant, est tenu de payer à lui-même, en sa qualité, ce qu'il doit personnellement à celui-ci : *si negocia mea mandavero gerenda ei qui mihi actione in quadruplum tenebatur, post annum verò in simplum, et si post annum cùm eo mandati agam, præstare mihi quadruplum debebit : nam qui alterius negotia administranda suscepit, id præstare debet in suâ personâ quod in aliorum :* ce sont les termes de la loi 31, D. *mandati.*

» Supposons qu'à l'époque où a été passée la procuration dont il s'agit, les sieurs Greffulhe et Montz n'eussent pas encore eu fait leur traité du 31 décembre 1795, et qu'en conséquence le sieur Greffulhe eût encore été obligé envers le sieur Montz, de contribuer avec lui au paiement des dettes de leur Société : Supposons qu'en vertu de cette procuration, le sieur Montz eût actionné le sieur Greffulhe, pour qu'il eût à lui représenter la moitié des 416 billets de 1000 francs appartenans au sieur Impey, dont leur Société était dépositaire; oserait on dire que le sieur Greffulhe eût pu faire déclarer le sieur Montz sans qualité, sous le prétexte que sa procuration ne s'étendait pas jusqu'aux affaires que leur Société avait à liquider avec le sieur Impey? Très-certainement, si le sieur Greffulhe se fût avisé d'élever contre le sieur Montz une pareille chicane, cette chicane eût été proscrite avec le plus souverain mépris. Comment dont a-t-elle pu triompher dans la bouche du sieur Impey? Car il ne faut, à cet égard, que changer les noms; la question est la même dans notre espèce que dans cette hypothèse.

» Ce qui, d'ailleurs, doit faire, disparaître toute espèce de difficulté, c'est que le sieur Impey était parfaitement instruit, lorsqu'il a signé sa procuration, des droits qu'il avait à exercer contre la Société Greffulhe et Montz. Le sieur Montz lui avait écrit, le 7 octobre précédent, qu'*étant resté chargé de la liquidation de cette Société*, il avait à lui transférer les inscriptions sur le grand livre, qui représentaient ses 416 billets. Il n'ignorait donc pas, le 10 novembre 1797, que la Société Greffulhe et Montz était sa débitrice; il n'ignorait pas davantage qu'antérieurement à la faillite de Bévière, c'était à Bévière que les sieurs Muilman avaient, en son nom, délégué le soin de liquider avec cette Société, et de recevoir le solde de compte. Qu'a-t-il donc fait, en substituant, par sa procuration du 10 novembre 1797, le sieur Montz individuellement à la maison Bévière? Qu'a-t-il donc fait en chargeant par cette procuration, le sieur Montz individuellement de tous les pouvoirs dont la maison Bévière avait été précédemment chargée en son nom, par les sieurs Muilman! Ce qu'il a fait? La réponse se présente d'elle-même : il a chargé le sieur Montz individuellement de liquider avec la Société Greffulhe et Montz, comme l'eût pu faire auparavant la maison Bévière; il a chargé le sieur Montz individuellement de recevoir de la Société Greffulhe et Montz, ce qu'il avait précédemment chargé la maison Bévière de recevoir de cette Société; il a autorisé le sieur Montz individuellement à donner à la Société Greffulhe et Montz, la même quittance, la même décharge que la maison Bévière avait été précédemment autorisée à lui donner.

» Maintenant que nous reste-t-il à examiner? Une seule question, celle de savoir si le sieur Montz, qui, par sa procuration, était revêtu du pouvoir de libérer le sieur Greffulhe, l'a effectivement libéré par sa lettre du 30 novembre 1797.

» Pour simplifier cette question, permettez-nous encore une hypothèse. — Pierre me doit cent francs, et je dois la même somme à Paul. — Paul voulant toucher les cent francs dont je lui suis redevable, passe à Pierre une procuration par laquelle il le charge de les recevoir de moi. Muni de cette procuration, Pierre vient me trouver et me dit : je vous dois à vous-même les cent francs que vous devez à Paul. Prenez cette quittance que je vous donne au nom de Paul, et soyons quittes. Certes, il n'y a rien dans cette opération que de régulier, rien que de légal, rien qui n'assure à la quittance que me donne Pierre, l'effet de me libérer envers Paul, mon créancier. Et si, par la suite, Paul revient contre

moi, sous le prétexte que Pierre ne lui a pas remis les cent francs qu'il est censé avoir reçus de moi *per fictionem brevis manûs*, je serai, sans la moindre difficulté, déchargé de sa demande.

» Mais, cette supposition, qu'est-elle autre chose, si ce n'est l'espèce actuelle travestie sous d'autres noms? Le sieur Greffulhe devait au sieur Impey, solidairement avec le sieur Montz, son ancien associé, la valeur de 416 billets de l'emprunt de 125 millions; et le sieur Montz, de son côté, au moyen de la somme qu'il avait reçue du sieur Greffulhe, pour se charger de toutes les dettes de leur Société, devait rétablir les 416 billets dans les mains du sieur Greffulhe, afin que le sieur Greffulhe pût les remettre lui-même au sieur Impey; ou ce qui revenait au même pour le résultat, remettre directement au sieur Impey les 416 billets, et en rapporter la quittance au sieur Greffulhe. Les choses en cet état, le sieur Impey donne au sieur Montz une procuration pour recevoir du sieur Greffulhe ses 416 billets. Qu'a dû faire alors le sieur Montz? Il a dû, comme fondé de pouvoir du sieur Impey, demander les 416 billets au sieur Greffulhe; mais étant individuellement obligé de les fournir lui-même au sieur Greffulhe, pour mettre le sieur Greffulhe à portée de les lui restituer comme fondé de pouvoir, il a fait ce qu'on appelle en droit une fiction *brevis manûs*, il a évité un circuit inutile, et il a dit au sieur Greffulhe: *voilà votre quittance, vous ne devez plus rien au sieur Impey, et je suis moi-même quitte envers vous de toute réclamation que vous pourriez former contre moi à cet égard.*

» Il faut le dire, messieurs, si, par cette manière de procéder, le sieur Greffulhe n'a pas été entièrement libéré envers le sieur Impey, il faut renoncer à toutes les notions du droit sur les effets du mandat, il faut abjurer tous les principes reçus en matière de libération, il faut oublier jusqu'aux plus simples élémens de la jurisprudence.

» Mais ce n'est pas ainsi qu'en a jugé le sieur Impey lui-même. Il a tellement regardé le sieur Greffulhe comme quitte envers lui de toute espèce de répétition, il s'est tellement cru restreint au droit d'agir désormais contre le sieur Montz seul que, par sa procuration notariée du 12 nivôse an 10, il a chargé M. Perregaux de retirer, non pas des mains de la Société Greffulhe et Montz, mais des mains du sieur Montz seulement, *tous titres de propriété de rentes perpétuelles et viagères, et tous autres qu'il pouvait avoir entre les mains à lui appartenans;* et de se faire rendre compte de *toutes les sommes* que le sieur Montz avait reçues pour lui, *à quelque titre que ce soit.*

» Et c'est en suivant l'esprit, comme la lettre, de cette procuration, que M. Perregaux a écrit, le 5 pluviôse an 10, non pas aux sieurs Greffulhe et Montz, mais au sieur Montz seul, qu'il avait reçu du sieur Impey l'ordre d'insister auprès de lui (du sieur Montz), sur la remise, soit des 416 billets de l'emprunt des 125 millions, soit de l'inscription qui devait les représenter.

» C'est encore au sieur Montz seul et en son nom privé, que M. Perregaux s'adressait, pour le même objet, par sa lettre du 11 même mois: *Nous avons reçu* (lui disait-il), *de M. Haller, un billet par lequel il nous annonce que l'objet de M. Impey se trouve compromis dans une somme de* 1,200,000 *livres, qui est en liquidation, et que M. Impey pourra se faire déléguer les* 416 *mille livres* QUE VOUS AVEZ A LUI REMETTRE. *M. Impey, auquel nous avons communiqué ce billet, désire avoir votre déclaration sur ce fait, etc.*

» Le sieur Impey s'est donc contredit lui-même, quand il est ensuite revenu contre le sieur Greffulhe; et vous voyez clairement, messieurs, qu'en accueillant son système rétrograde, la cour d'appel de Paris a violé les lois relatives au mandat et à la libération, en même temps qu'elle a fait l'application la plus fausse des dispositions de l'ordonnance de 1673, concernant la solidarité des associés.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de casser et annuler l'arrêt dont il s'agit ».

Par arrêt du 6 frimaire an 14, au rapport de M. Gandon,

« Vu les ordonnances de 1510 et 1560, et autres qui veulent que les contrats soient exécutés, s'ils ne sont infectés des vices pour lesquels elle permettent de les rescinder par les moyens qu'elles indiquent;

» Considérant que la procuration donnée à Montz le 10 novembre 1797, était une procuration générale; que, loin d'être bornée à autoriser Montz à retirer de chez Bévière les fonds et les titres que Impey pouvait avoir dans cette maison, elle l'autorisait expressément et généralement à retirer des mains de Bévière et *de tous autres* qu'il appartiendrait, tous les titres des créances d'Impey, de quelque nature qu'ils pussent être, à compter avec tous les détenteurs desdits titres ou autres débiteurs, et à donner toutes quittances et décharges valables;

» Que l'intention d'Impey fut de donner,

comme il le fit, une procuration générale que sa position rendait nécessaire;

» Qu'Impey ayant des sommes considérables dans les fonds publics de France, genre de collocation qu'il n'avait pu faire et qu'il ne pouvait entretenir que sous un nom emprunté, et auquel il fallait donner chaque jour des soins, il avait nécessairement besoin d'un chargé de pouvoir général en France;

» Que la Société Greffulhe, Montz et compagnie avait été investie de ce pouvoir général;

» Que, quand cette Société ne voulut plus continuer les affaires d'Impey, celui-ci donna le même pouvoir général à Bévière et compagnie;

» Que Bévière et compagnie eût pu recevoir et donner décharge des 416 billets en question, comme il reçut et donna décharge de tous les titres d'Impey qui lui furent remis, de même que de la somme de 83,395 livres 12 sous 11 deniers, qui lui fut payée pour le solde reconnu du compte d'Impey chez Greffulhe, Montz et compagnie;

» Que, quand Impey eut à nommer un nouveau procurateur à la place de Bévière, il ne refusa d'accorder sa confiance à la maison Contremoulin et Texier, que par la raison que, ne les connaissant pas, il trouvait trop étendu le modèle de procuration que ces derniers lui proposaient de souscrire, étendue qu'il convenait être telle que, comme il l'exprima dans sa lettre du mois d'octobre 1797, Contremoulin et Texier auraient pu disposer de tous ses intérêts pécuniaires à Paris;

» Qu'il proposa à Montz de recevoir lui-même cette procuration; qu'il la fit copier mot pour mot, et qu'il investit Montz de ses pouvoirs qu'il reconnut être généraux;

» Que rien n'aurait formé obstacle à ce que Montz, ci-devant associé dans la maison Greffulhe, Montz et compagnie, fût chargé de traiter individuellement pour Impey avec cette Société; qu'un associé est très-distinct de la personne intellectuelle que forme une Société;

» Mais qu'il n'était point question de faire un traité ou un arrangement qui présuppose des discussions; qu'il ne s'agissait que de se charger, pour Impey, des quatre cents seize billets de l'emprunt de 125 millons, et d'en décharger ceux qui avaient à les remettre;

» Que Bévière avait eu le droit de retirer ces billets et d'en donner decharge;

» Que Contremoulin et Texier eussent eu le même droit, si Impey leur eût donné la procuration dont ils avaient envoyé le modèle; que ce point est attesté par Impey même dans sa lettre d'octobre 1797, à Montz, puisqu'il dit que cette procuration n'est pas seulement bornée à la perception de ses rentes et à la liquidation de ses comptes avec Texier et compagnie, mais qu'elle s'étend à tous ses intérêts pécuniaires à Paris;

» Que Montz, à qui cette procuration a été donnée et dans tous les mêmes termes dans lesquels elle était proposée, a eu nécessairement le même droit;

» Qu'il est incontestable que, si les quatre cent seize billets eussent été à Londres et eussent été proposés à Impey, quand il donna sa procuration générale à Montz le 10 novembre 1797, Impey les eût reçus ou les eût laissés aux mains de Montz, puisqu'il le chargeait de retirer tous ses titres, et que Montz, devenu le procurateur unique, était le seul qui dût prendre soin de ces effets; que l'on peut d'autant moins en douter, qu'Impey savait que ces billets étaient aux mains de Montz, qui lui avait écrit le 4 septembre 1797, qu'il savait que ses billets étaient dans ses mains, et Montz le lui avait confirmé par sa réponse du 7 octobre;

» Qu'il est également incontestable que, si Greffulhe eût été saisi des mêmes billets, il n'eût pu se refuser à les délivrer à Montz, qui en eût réclamé la remise, comme procurateur général d'Impey;

» Qu'ainsi, lorsque Montz était déjà saisi des mêmes billets, non seulement il a pu, mais il a dû donner à Greffulhe une déclaration qu'il en était bien valablement déchargé;

» Que cette décharge, exprimée dans la lettre de Montz, du 30 novembre 1797, n'a pas moins d'effet que si elle eût été donnée sous une autre forme;

» Qu'avoir décidé qu'une procuration *générale* pour retirer *tous titres* des mains de Bévière et *de tous autres*, avec pouvoir d'en donner décharge, n'était qu'une procuration *spéciale* pour agir dans la faillite de Bévière, ce n'est pas avoir interprété cette procuration, mais l'avoir contredite et l'avoir annulée dans sa disposition générale, littéralement exprimée, disposition générale nécessaire dans la position d'Impey, et qu'il avait stipulée avec parfaite connaissance de cause;

» Qu'avoir méconnu la validité de la décharge donnée en vertu de cette procuration, par Montz à Greffulhe, c'est encore avoir annulé un acte contenant libération;

» Et que l'arrêt qui a ainsi annulé deux contrats, a violé les ordonnances ci-devant citées, qui veulent que les contrats soient exécutés;

» La cour casse et annulle.... ».

VI. Le liquidateur d'une Société dissoute a-t-il, par sa seule qualité, le pouvoir de compromettre pour ses ci-devant associés?

Le 10 août 1809, arrêt de la cour d'appel de Paris, qui juge pour l'affirmative, au préjudice du sieur Michel, « attendu qu'en matière de » Société générale, l'associé gérant a la libre » disposition du fonds social, et peut lier ses » associés par toutes espèces d'engagemens; » *ce qui renferme le pouvoir de compromet-* » *tre; qu'après la dissolution de la Société,* » *ce pouvoir se continue dans sa personne* » pour toutes affaires non terminées, et non- » seulement ne souffre point de diminution, » mais reçoit un accroissement marqué; et » s'exerce par ledit associé, sans partage et » dans toute sa plénitude, lorsqu'il est revêtu » de la qualité de liquidateur ».

Mais le sieur Michel se pourvoit en cassation; et, par arrêt du 15 janvier 1812, au rapport de M. Ruperou,

» Vu l'art. 2 du tit. 1er de la loi du 24 août 1790, l'art. 1003 du Code de procédure civile, et l'art. 1989 du Code civil;

» Attendu qu'en point de droit commun, né des lois romaines, reçu comme maxime dans le droit français, et converti en loi positive et nationale par l'art. 1989 du Code civil, le mandataire ne peut *compromettre* pour son mandant, s'il n'en a le pouvoir spécial et exprès, jusque-là même que le pouvoir de *transiger* ne renfermerait pas celui *de compromettre;*

» Attendu que ce point constant en législation, tient à cet autre principe également consacré par les lois, que, pour pouvoir *compromettre*, il faut avoir le libre exercice des biens, des droits et des actions sur lesquels on compromet;

» Attendu que le liquidateur d'une Société dissoute ne peut être considéré et n'est en effet que le simple mandataire des anciens membres de cette Société, que sa qualité préexistante (et lorsque la Société subsistait) d'associé gérant, et les pouvoirs, quels qu'ils puissent être, qui étaient attachés à cette qualité, n'ont pu avoir et n'ont eu que la durée de l'acte social duquel ils dérivaient; qu'ils ont nécessairement cessé avec la Société, et que le *nouvel* acte qui a conféré au même individu la qualité de liquidateur, ne lui a conféré qu'un *nouveau* mandat et un mandat *ordinaire;*

» D'où il suit que la cour d'appel de Paris, par son arrêt du 10 août 1809, ayant validé, au regard de Michel Jeune, les compromis passés par Michel aîné, tant en son nom personnel, que comme liquidateur de la maison connue sous l'ancienne raison de *Michel frères*, a formellement violé le susdit art. 1989 du Code civil, et avec lui les lois, les principes antérieurs dont il n'est qu'une répétition et une déclaration plus solennelle;

» Attendu qu'on ne saurait pallier cette violation, en invoquant l'art 1873 (titre *du Contrat de Société*,) portant: *Les dispositions du présent titre ne s'appliquent aux Sociétés de commerce, que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce;* puisque, sans même s'étayer de cet article, sans s'étayer d'aucune loi commerciale qui attribue au liquidateur d'une Société terminée, des pouvoirs plus étendus qu'à un mandataire ordinaire, *sans s'étayer d'aucuns usages commerciaux alors existans, les quels auraient dû être préalablement et légalement constatés*, la cour d'appel de Paris a nettement et généralement décidé, en point de droit absolu, qu'après la dissolution de la Société, *le pouvoir de l'associé gérant se continue dans sa personne pour toutes les affaires non terminées, et non seulement ne souffre point de diminution, mais reçoit un accroissement marqué, et s'exerce par ledit associé, sans partage et dans toute sa plénitude, lorsqu'il est revêtu de la qualité de liquidateur*; doctrine inconciliable avec le principe général et le texte de la loi, d'après lesquels le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat; et le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre; et doctrine d'autant plus inadmissible, qu'elle tend à proroger, sur la tête de l'un des ex-associés, tous les pouvoirs sociaux dérivant du contrat de Société, même alors que la Société a été dissoute et n'existe plus....;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle l'arrêt dudit jour 10 août 1809.... ».

Je crois pouvoir assurer, et l'arrêt de cassation fait assez entendre que l'arrêt de la cour d'appel de Paris eût été maintenu, s'il eût été motivé sur les usages particuliers du commerce.

SECTION IX. *Des droits d'enregistrement auxquels donnent lieu les actes d'association, les dissolutions et les liquidations de Sociétés.*

I. La loi du 22 frimaire an 7, art. 68, §. 3, n° 4, assujétit à un droit fixe de 3 francs « les actes de Société qui ne portent ni obliga- » tion, ni libération, ni transmission de biens » meubles ou immeubles entre les associés ou

» autres personnes, et les actes de dissolution » qui sont dans le même cas ».

II. De quel droit est passible le jugement qui, après la dissolution d'une Société, liquide les reprises de chaque associé ? *V.* l'article *Jugement*, §, 12, n°. 1.]]

[[SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS. Termes, qui, suivant un acte de notoriété de l'ordre des avocats au parlement de Bordeaux, du 20 mars 1704, *signifient la même chose que communauté d'acquêts* (1).

On appelait ainsi, dans le ressort de cette cour, avant le Code civil, une Société entre le mari et la femme, qui n'avait lieu qu'autant qu'elle était stipulée par le contrat de mariage, et dans laquelle entrait, ainsi que l'atteste un autre acte de notoriété du 5 avril 1699 (2), « toutes les acquisitions faites pen» dant le cours du mariage, par le travail ou » soin commun des conjoints, et même ce qui » venait des fruits des biens dotaux; ou de » l'usufruit des biens donnés aux conjoints, » les meubles par eux acquis, par quelque » part que ce fût; mais les biens donnés à l'un » des conjoints, n'y étaient pas compris ».

Cette Société avait quelque ressemblance avec la communauté des biens qui avait lieu de plein droit, entre les époux, dans les pays coutumiers; mais elle en différait en plusieurs points. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Société d'acquêts*.

Le Code civil maintient ces différences; et de là vient qu'encore que, d'après ses dispositions, se marier sous le régime dotal et se marier sous le régime de communauté, soient deux choses absolument exclusives l'une de l'autre, néanmoins il déclare, art. 1581, qu'*en se soumettant au régime dotal, les époux peuvent stipuler une Société d'acquêts*.

Le même article ajoute que *les effets de cette Société sont réglés comme il est dit aux art.* 1498 *et* 1499, lesquels sont ainsi conçus :

« Art. 1498. Lorsque les époux stipulent qu'il n'y aura entre eux qu'une communauté d'acquêts, il sont censés exclure de la communauté et les dettes de chacun d'eux actuelles et futures, et leur mobilier respectif présent et futur.

» En ce cas, et après que chacun des époux a prélevé ses apports dûment justifiés, le partage se borne aux acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de l'industrie commune que des économies faites sur les fruits et revenus des biens des deux époux.

» 1449. Si le mobilier existant lors du mariage, ou échu depuis, n'a pas été constaté par inventaire ou état en bonne forme, il est réputé acquêt ».

V. M. Maleville, dans son *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, tome 3, page 541 et suivantes.]]

[[SOLDE. C'est la paye que donne l'Etat à ceux qui portent les armes pour *son* service.

La Solde des militaires est-elle saisissable de la part de leurs créanciers ? *V.* l'article *Appointemens*.]]

[[SOLDE DE RETRAITE. *V.* l'article *Pension*, §. 3.]]

* SOLIDARITÉ. C'est [[relativement à plusieurs créanciers d'une même chose, le droit qu'a chacun d'eux de se la faire payer en totalité; et relativement à plusieurs débiteurs]], l'obligation qui leur est imposée de payer, un seul pour tous, la somme qu'ils doivent en commun.

[[Il peut donc y avoir solidarité entre les créanciers, comme entre les débiteurs.

§. I. *De la Solidarité entre les créanciers.*

Le Code civil s'explique ainsi sur cette matière :

« Art. 1197. L'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers, lorsque le titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le paiement du total de la créance, et que le paiement fait à l'un d'eux libère le débiteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers.

» 1198. Il est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux. Néanmoins la remise qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires, ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier.

» 1199. Tout acte qui interrompt la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires, profite aux autres créanciers ».

§. II. *De la Solidarité de la part des débiteurs.*

I. « Il y a solidarité de la part des débiteurs » (dit l'art. 1200 du Code civil), lorsqu'ils

(1) *Jurisprudence du parlement de Bordeaux*, par Salviat, page 4.

(2) *Ibid.*, pages 5 et 6.

» sont obligés à une même chose, de manière » que chacun puisse être contraint pour la » totalité, et que le paiement fait par un seul, » libère les autres envers le créancier ».

L'art. 1201 ajoute : « L'obligation peut être » solidaire, quoique l'un des débiteurs soit » obligé différemment de l'autre, au paiement » de la même chose, par exemple, si l'un » n'est obligé que conditionnellement, tandis » que l'engagement de l'autre est pur et sim- » ple, ou si l'un a pris un terme qui n'est point » accordé à l'autre ».]]

II. Régulièrement la Solidarité doit être exprimée ; autrement, ceux qui ont contracté ensemble une obligation, sont censés ne l'avoir contractée chacun que pour leur part. C'est ce que portent la loi 11, §. 2, D. *de duobus reis*, et la novelle 99. Cette décision est fondée sur ce que, dans le doute, les obligations doivent s'interpréter en faveur des débiteurs.

Cependant il y a des cas où la Solidarité a lieu de plein droit entre les débiteurs d'un même objet, quoiqu'elle n'ait pas été expressément stipulée.

[[« La Solidarité (dit l'art. 1202 du Code civil) ne se présume point ; il faut qu'elle soit » expressément stipulée. Cette règle ne cesse » que dans le cas où la Solidarité a lieu de plein » droit, en vertu d'une disposition de la loi ».]]

Ainsi, 1° l'obligation que contractent plusieurs tuteurs qui se chargent d'une même tutelle, est solidaire, quoiqu'elle n'ait point été exprimée.

Il en est de même de l'obligation que contractent plusieurs personnes qui se chargent de quelque administration publique, comme des fabriciens, des administrateurs d'hôpitaux, à moins qu'il n'y ait quelque usage contraire.

Les lois romaines accordaient aux tuteurs qui n'avaient pas géré, le bénéfice d'ordre et de discussion, par le moyen duquel ils pouvaient renvoyer le mineur sorti de tutelle, à discuter, à leurs risques, celui des tuteurs qui avait géré ; elles accordaient pareillement aux tuteurs qui avaient géré conjointement, le bénéfice de division, lorsqu'ils étaient tous solvables. Mais ces exceptions accordées aux tuteurs et autres administrateurs, ne sont pas admises parmi nous. C'est pourquoi, quand Dumoulin, dans son Traité *de dividuo et individuo*, dit que les tuteurs ont le bénéfice de division pour le paiement du reliquat de leur compte de tutelle, excepté lorsque leur dol les a rendus débiteurs, cela doit s'entendre en ce sens, qu'ils ont ce bénéfice suivant les lois romaines, et dans les lieux où elles sont observées à cet égard.

2° Lorsque deux huissiers-priseurs procèdent à une même vente de meubles, comme cela arrive souvent à Paris, ils répondent solidairement du prix, quoique l'ancien reçoive seul les deniers.

3° La Solidarité a pareillement lieu entre des associés en nom collectif qui contractent une obligation pour le fait de leur commerce ; c'est ce qui résulte de l'art. 7 du tit. 4 de l'ordonnance du mois de mars 1673. [[*V.* l'article *Société*, sect. 2, §. 2 ; et sect. 6, §. 1.]]

Bornier, sur cet article, rapporte un arrêt par lequel le parlement de Toulouse a jugé que deux marchands qui achetaient ensemble une partie de marchandises, quoiqu'il n'y eût d'ailleurs aucune société entre eux, étaient censés associés pour cet achat, et comme tels, obligés solidairement, quoique la Solidarité n'eût pas été exprimée.

Le parlement de Paris a jugé de même, en faveur du sieur Dutillot, contre le nommé Bogne, par arrêt du 18 juillet 1668. Il s'agissait, dans cette espèce, de décider si, dans un marché fait triple, contenant vente de toutes les rouettes qui se trouveraient dans la coupe et superficie de dix-huits cents arpens de bois taillis, la Solidarité était de droit, quoiqu'elle ne fût point exprimée dans le marché.

« Le nommé Bogne (dit l'auteur de *la Collection de jurisprudence*, qui rapporte cette espèce) soutenait que la Solidarité ne pouvait provenir que de deux causes : de la convention ou de la loi ; que, dans l'espèce dont il s'agissait, il n'y avait aucune convention, et que la loi, appliquée au marché dont il était question, ne prononçait point cette Solidarité, qui devait être stipulée *nominatim* ; que l'obligation étant faite triple, elle était divisée de plein droit entre les co-obligés, c'est-à-dire, que chacun n'était tenu que pour sa part. Bogne ajoutait que le sieur du Tillot, son adversaire, avait toujours exécuté lui-même de cette manière le marché en question en recevant, divisément et sans réserves, la portion de chacun des deux acquéreurs avec lesquels il avait traité.

» Le sieur du Tillot répondait qu'il n'y avait qu'un même prix dans l'acte pour l'un et pour l'autre acquéreur ; il citait le passage d'un commentateur, qui a dit que *des négocians, souscrivant ensemble un billet pour marchandises achetées en commun, étaient par cela seul solidaires*. Vous avez promis, disait-il, de me fournir deux lettres de change par chaque année ; cette promesse est sous-

crite de l'un et de l'autre; or, l'art. 33 du til. 5 de l'ordonnance de 1673 porte que ceux qui auront mis leur aval sur des lettres de change, sur des promesses d'en fournir, ou autres actes de pareille qualité concernant le commerce, seront tenus solidairement avec les tireurs, prometteurs, endosseurs et accepteurs, encore qu'il n'en soit pas fait mention dans l'aval; d'où le sieur du Tillot concluait qu'au défaut de la convention, la loi venait à son secours; qu'ainsi, il se trouvait toujours dans les deux cas exclusivement requis pour établir la Solidarité, *aut lege*, *aut ex conventione*.

» Enfin, le grand moyen du sieur du Tillot était que la Solidarité entre associés avait lieu de droit, quoiqu'elle ne fût pas exprimée dans l'acte de société.

» En conséquence, le parlement confirma par l'arrêt cité, la sentence du juge de Mailly, qui avait condamné solidairement Bogne à payer au sieur du Tillot le prix de la vente des rouettes, et aux dépens ».

4° Ceux qui mettent leur aval sur des lettres de change, sur des promesses d'en fournir, sur des ordres ou des acceptations, sur des billets de change ou autres actes de pareille qualité concernant le commerce, sont aussi obligés solidairement avec les tireurs, prometteurs, endosseurs et accepteurs, quoique la Solidarité n'y soit point stipulée. Telles sont les dispositions de l'art. 33 du tit. 5 de l'ordonnance de commerce. [[*V.* l'article *Lettre et billet de change*.]]

5° Ceux qui ont concouru à un délit, sont tous obligés solidairement à la réparation, sans pouvoir opposer aucune exception de discussion ni division. L'art. 30 du *titre commun* de l'ordonnance des fermes du mois de juillet 1680, veut que les condamnations contre deux ou plusieurs personnes, relativement à un même fait de fraude, soient solidaires, tant pour la confiscation et amende, que pour les dépens.

[[L'art. 55 du Code pénal de 1810 est plus général: « tous les individus condamnés pour » un même crime ou pour un même délit, » sont tenus solidairement des amendes, des » restitutions, des dommages-intérêts et des » frais.

V. l'article *Escroquerie*, nos 13 et 14.]]

6° La Solidarité des débiteurs peut encore résulter d'un testament; et elle a lieu contre les héritiers ou autres successeurs d'un testateur, quand il les a expressément chargés solidairement de la prestation d'un legs.

[[*V.* l'article *Légataire*, §. 6, nos 8 et 9.]]

III. Un des principaux effets de la Solidarité consiste en ce que le créancier peut s'adresser à celui des débiteurs solidaires qu'il juge à propos, pour en exiger la totalité de sa créance: c'est une suite de ce que chaque débiteur solidaire est débiteur du total. [[« Le créancier d'une obligation contractée » solidairement, peut s'adresser à celui » des débiteurs qu'il veut choisir, sans que » celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de » division ». Ce sont les termes de l'art. 1383 du Code civil.]]

Remarquez que les poursuites dirigées par le créancier contre l'un des débiteurs solidaires, ne libère pas les autres, tant qu'il n'est pas payé: c'est pourquoi, il peut cesser de poursuivre celui qu'il a poursuivi le premier, et agir contre les autres, ou, s'il veut, les poursuivre tous en même temps. C'est ce que décide la loi 28, C. *de fidejussoribus*. [[L'art. 1204 du Code civil dit pareillement que « les poursuites faites contre l'un des » débiteurs, n'empêchent pas le créancier » d'en exercer de pareilles contre les autres.]]

L'interpellation faite à l'un des débiteurs solidaires, interrompt la prescription contre tous les autres, suivant la loi dernière, C. *de duobus reis*: c'est encore une suite de ce que chacun de ces débiteurs est débiteur du total. (M. Guyot.) *

[[On retrouve les mêmes dispositions dans les art. 1205 et 2249 du Code civil.

IV. Lorsque, par un contrat notarié qui, par défaut de date, se trouve nul comme acte public, deux personnes ont fait conjointement une acquisition et se sont obligées solidairement; si l'un des acquéreurs n'a point signé ce contrat faute de savoir écrire, et que, par suite, ce contrat n'ait pas à son égard l'effet d'un acte sous seing-privé, le vendeur peut-il demander la résolution de la vente, même contre celui des acquéreurs qui a signé, et nonobstant son offre de se charger de toutes les obligations de son co-acquéreur?

V. le plaidoyer et l'arrêt du 27 avril 1812, rapportés au mot *Ratification*, n° 9.

V. Quel est l'effet d'un contrat de vente par lequel deux personnes vendent solidairement un bien appartenant à l'une d'elles seulement, et s'obligent solidairement d'en faire jouir l'acquéreur? Celle des deux qui n'était pas propriétaire du bien vendu, peut-elle, le cas d'éviction arrivant, faire déclarer nulle l'obligation solidaire qu'elle a contractée, sous le prétexte qu'elle n'a pu la contracter comme venderesse et qu'elle n'a pas eu l'intention de la con-

tracter comme caution de son co-vendeur?

V. le plaidoyer et l'arrêt du 12 avril 1812, rapportés au mot *Vente*, §. 1, art. 1, nº 3.

Au surplus, *V.* les articles *Caution*, *Convention*, *Dépens*, *Division*, *Mandat*, §. 4, *Notaire*, §. 6, nº 4, *Novation*, *Paiement*, et mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Appel*, §. 16, et *Chose jugée*, §. 18.]]

* SOMMATION. C'est un acte par lequel on interpelle quelqu'un de dire ou de faire quelque chose.

Les procureurs [[aujourd'hui les avoués,]] font des Sommations de donner des copies de pièces, de fournir des défenses, de venir plaider, etc.

I. Les huissiers font des Sommations de payer, de faire des ouvrages, etc.

Lorsque les juges qui ne prononcent pas en dernier ressort, refusent ou négligent de juger un procès qui est en état, ils peuvent être sommés de le faire; et tout huissier ou sergent qui en est requis, doit faire, à cet égard, les Sommations nécessaires, à peine d'interdiction. C'est ce qui résulte de l'art. 2 du titre 25 de l'ordonnance du mois d'avril 1667. (M. Guyot.) *

[[On peut voir aux mots *Déni de justice*, ce que contient là-dessus le Code de procédure civile.

II. Le même Code, sur la Sommation qui doit précéder une inscription en faux; sur la Sommation que l'huissier par qui a été dressé un procès-verbal de récolement d'objets saisis, peut faire à un premier saisissant, de vendre dans la huitaine; sur la Sommation de produire les titres dans une demande en distribution de deniers par contribution; sur la Sommation de prendre communication des pièces produites sur un ordre, renferme des dispositions que l'on trouvera sous les mots *Inscription de faux*, *Saisie-exécution* et *Saisie-immobilière*.

III. Suivant l'art. 1034 du même Code, « les Sommations pour être présent aux rapports d'experts, indiqueront seulement le » lieu, le jour et l'heure de la première vacation; elles n'auront pas besoin d'être réitérées, quoique la vacation ait été continuée » à un autre jour ».

IV. Le défaut de réponse d'une partie à une Sommation par laquelle on l'a interpellée de déclarer dans tel délai, si elle consent ou non à telle chose, avec déclaration que l'on prendra son silence pour consentement, équivaut-il à un consentement effectif?

On trouvera au mot *Résolution*, nº 1, un arrêt de la cour de cassation, du 4 juillet 1810, qui juge pour la négative.

Au surplus, *V.* l'article *Interpellation.*]]

[[SOMMATION (crime de) *V.* les articles *Incendie* §. 1, et *Menaces.*]]

* SOMMATION RESPECTUEUSE. C'est un acte fait par deux notaires, ou par un notaire en présence de deux témoins, dans lequel, au nom d'un enfant, ils requièrent son père et sa mère, ou l'un d'eux, de consentir au mariage de cet enfant.

I. Le défaut de consentement du père n'empêche pas que le mariage d'un enfant majeur ne soit valablement contracté; mais comme les parens sont intéressés à connaître les personnes avec lesquelles leurs enfans veulent se marier, plusieurs lois, et entr'autre l'édit de février 1556, la déclaration de 26 novembre 1639, et l'édit de mars 1697, ont ordonné que, si les enfans mâles, majeurs de trente ans, et les filles ou veuves, majeures de vingt-cinq ans, venaient à se marier, sans avoir requis le consentement de leur père ou de leur mère, et sans justifier que, s'il leur a été refusé, ils se sont mis en devoir de l'obtenir, ils pourraient être exhérédés.

Cette justification doit se faire par des Sommations respectueuses, faites en conformité de l'arrêt de réglement rendu au parlement de Paris, le 27 août 1692. Cet arrêt porte que « les fils et filles, même les veuves qui » voudront faire sommer leurs père et mère, » aux termes de l'ordonnance, de consentir à » leur mariage, seront tenus à l'avenir, d'en » demander permission aux juges des lieux du » domicile des père et mère, qui seront tenus » de la leur accorder sur requête ».

Suivant un arrêt du même parlement, du 12 décembre 1756, la permission dont il s'agit, doit être demandée au juge royal, et non au juge seigneurial.

L'enfant qui demande au juge royal la permission de faire des Sommations respectueuses, doit joindre à sa requête son extrait baptistaire, afin que le juge puisse connaître si le suppliant a l'âge compétent pour prendre cette voie.

Le réglement de 1692 n'a pas prescrit le nombre des Sommations qui doivent être faites; mais l'usage est d'en faire trois. Ce nombre a d'ailleurs été ordonné par un arrêt de

réglement rendu au parlement de Toulouse, le 26 juin 172. *V.* l'article *Exhérédation.* (M. Guyot.) *

[[II. L'acte que notre ancienne législation qualifiait de *Sommation respectueuse*, est aujourd'hui connu sous le nom d'*acte respectueux*.

Les art. 151 et 157 du Code civil déterminent les cas où cet acte est nécessaire, la manière dont il doit être fait, les résultats qu'il doit avoir, et les peines attachées à son omission.

III. 1° Un acte respectueux est-il nul, par cela seul qu'il contient, en termes d'ailleurs révérentiels, une *Sommation* de consentir au mariage qui est l'objet de cet acte?

2° Est-il nécessaire que l'enfant à la requête duquel l'acte est fait, y soit présent?

Voici une espèce dans laquelle j'ai eu occasion de traiter ces deux questions.

Le 1er thermidor an 13, le sieur Morel fils, âgé de 28 ans, représenté par un fondé de pouvoir, qu'accompagnent un notaire et deux témoins, « demande à ses père et mère, avec » tout le respect que doit un fils à ses père et » mère, leur conseil et consentement au ma» riage qu'il est dans l'intention de contracter » avec Thérèse Touret, fille majeure, de» meurant au Havre, parti qu'il croit lui être » convenable; prie et supplie humblement » lesdits père et mère, *et les somme* et inter» pelle, avec tout le respect posssible, de » vouloir bien consentir audit mariage ».

Le père et la mère répondent « qu'ils ne con» sentiront jamais que leur fils se déshonore, » et qu'ils refusent formellement leur con» sentement au mariage qu'il veut contrac» ter ».

Le sieur Morel fils, par l'organe de son fondé de pouvoir, déclare « que, nonobstant » cette réponse qu'il prend pour refus, il per» sévère, et qu'il continuera par réitération » les demandes respectueuses et prières aux » fins de sondit mariage, auquel, après les » formalités voulues par la loi, il sera passé » outre ».

Le 2 fructidor suivant et le 3 vendémiaire an 14, réitération du même acte, dans la même forme; et même réponse.

Le sieur Morel père forme opposition au mariage de son fils.

Le sieur Morel fils fait citer son père en conciliation devant le juge de paix du Havre.

Le 4 brumaire an 14, comparution du sieur Morel père et de son fils accompagné de Thérèse Touret.

Le père déclare qu'il ne peut, en ce moment, répondre à la citation que lui a fait donner son fils, et qu'il se réserve de le faire après l'explication particulière qu'il désire avoir avec lui.

Thérèse Touret se retire, en disant qu'elle ne veut pas être un obstacle à la réconciliation du père et du fils. « Et les sieurs Morel père » et fils (porte le procès-verbal du juge de » paix) ayant eu ensemble une infinité d'ex» plications et de représentations auxquelles » les sentimens les plus tendres ont eu part, » sans que les efforts du sieur Morel père » aient pu être couronnés du succès », se retirent sans être conciliés.

Le 2 frimaire suivant, Morel fils fait assigner son père en main-levée de l'opposition qu'il a formée à son mariage.

Le 7 du même mois, jugement par lequel, » Considérant que le législateur, par les différentes dispositions consignées au Code civil, a régénéré le pouvoir paternel, dont l'exercice ne peut tendre qu'au bonheur social; que les actes voulus par l'art. 151 du Code civil, si les enfans n'étaient pas présens en personne, ne porteraient pas le caractère de respect et de soumission; que, par ces actes, les enfans sont tenus à demander avis et conseil à leurs père et mère; que le but de la loi ne peut être moralement et utilement rempli que par le rapprochement mutuel; qu'en fait, le sieur Morel fils s'est fait représenter par un fondé de pouvoir, lors de la notification des actes faits à sa requête;

» Le tribunal (de première instance du Havre) juge lesdits actes insuffisans, et déboute le sieur Morel fils de sa demande en main-levée de l'opposition ».

Le 30 du même mois, Morel fils appelle de ce jugement par un acte contenant citation, devant la cour d'appel de Rouen, *pour y être statué dans les délais fixés par l'art. 178 du Code*, c'est-à-dire, dans les dix jours.

Dans les dix jours suivans, Morel fils constitue un avoué sur son appel; et, à défaut de constitution de la part de son père, il obtient, le 4 janvier 1806, un arrêt qui lui donne acte de ses diligences, et renvoie la cause au parquet pour la communication.

Morel père se présente ensuite, et soutient que, d'après l'art. 178 du Code, la citation que lui a donnée son fils, doit être déclarée caduque, avec déchéance de l'appel.

Par arrêt du 27 du même mois,

« Considérant que les art. 177 et 178 du Code civil ont eu pour but de limiter la durée

des délais de l'opposition au mariage ; que ces délais doivent s'interpréter naturellement en faveur des mariages qui tiennent à l'ordre public ;

» Considérant d'ailleurs que la loi, en cette matière, n'est que comminatoire, puisqu'elle ne prononce pas la peine de déchéance ; que, dans l'espèce, les délais n'ont été prolongés que par le fait même de l'intimé qui a élevé l'incident ;

» La cour, sans s'arrêter à la fin de non-recevoir proposée par Morel père, dont elle le déboute, ordonne que les parties plaideront sur l'appel ».

Le 6 mars suivant, arrêt définitif par lequel,

« Considérant, en fait, que le sieur Morel père, loin de provoquer la présence de son fils, en a lui-même proclamé l'inutilité, en déclarant qu'il ne consentirait jamais au mariage dont il s'agit ;

» Considérant que le Code civil n'exige point la présence de l'enfant à l'acte respectueux, et que les tribunaux ne peuvent créer une nullité que la loi ne prononce point ;

» Considérant que le mot *sommé* qui se trouve dans les actes respectueux, n'est point textuellement prohibé par la loi ; qu'il se trouve d'ailleurs accompagné, dans lesdits actes, de prières, d'humbles supplications, et de tous les témoignages d'égards, de soumission et de respect pour l'autorité paternelle ;

» La cour, statuant sur l'appel, dit qu'il a été mal jugé, bien appelé ; corrigeant et réformant, déclare les actes respectueux réguliers et *suffisans* ; à tort l'opposition mise au mariage ; ordonne qu'il sera passé outre au mariage dudit Morel fils. »

Morel père se pourvoit en cassation contre ces deux derniers arrêts.

« Vous avez à statuer (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 4 novembre 1807) sur la demande en cassation de deux arrêts qui décident, l'un, que l'appel d'un jugement qui a prononcé sur une opposition à un mariage, n'est point périmé par le laps du temps dans lequel l'art. 178 du Code civil veut qu'il soit jugé ; l'autre, qu'un acte respectueux ne peut être déclaré nul, ni parceque le fils ne s'est pas présenté en personne devant son père et sa mère pour leur demander leur avis et conseil sur le mariage qu'il se propose de contracter, ni parceque, dans cet acte, le mot *Sommation* se trouve mêlé aux mots *demandes*, *prières* et *supplications*.

» Ainsi, trois questions à examiner : la première, si l'art. 178 du Code civil est violé par l'arrêt du 27 février 1806 ; les deux autres, si l'arrêt du 6 mars suivant contrevient aux art. 151 et 154 du même Code.

» Sur la première question, le demandeur vous expose qu'aux termes de l'art. 178 du Code, il devait être statué sur l'appel de son fils *dans les dix jours de la citation* ; que son fils, après avoir appelé et donné sa citation le 3 frimaire an 14, ne s'est présenté à l'audience de la cour d'appel de Rouen que le 4 janvier 1806 ; qu'ainsi, il était dès-lors déchu de son appel ; que la cour d'appel de Rouen aurait donc dû le juger déchu dès ce jour-là même ; au lieu de le renvoyer au parquet pour communiquer la cause au ministère public ; et qu'en rejetant ensuite, par son arrêt contradictoire du 27 février, la fin de non-recevoir que le demandeur opposait de ce chef à son fils, elle a violé, non-seulement l'art. 178 du Code, mais aussi l'art. 2 de la loi du 4 germinal an 2, qui, à cette époque, était encore en vigueur, et voulait que toute violation ou omission des formes prescrites par les lois rendues depuis 1789, emportât nullité.

» Mais d'abord, quel est le but de l'art. 178 du Code civil, et dans l'intérêt de qui ordonne-t-il que l'appel dont il s'occupe, sera jugé dans les dix jours de la citation ?

» Son but est évidemment d'accélérer le jugement des oppositions aux mariages. Le législateur, averti, par l'expérience, que les mariages échouent fréquemment par les obstacles qui sont apportés à leur célébration, pense qu'il serait dangereux d'assujétir les demandes en main levée d'opposition, aux délais de la procédure ordinaire ; et dans cette vue, il ordonne deux choses : la première, que le tribunal d'arrondissement prononcera sur la demande en main-levée, dans les dix jours, à compter du moment où il en aura été saisi (c'est l'objet de l'art. 177) ; la seconde, qu'en cas d'appel, il y sera statué dans les dix jours de la citation (c'est l'objet de l'art. 178). Ce n'est donc pas en faveur et dans l'intérêt de la partie qui a formé opposition, que le législateur dispose dans ces articles ; ces articles ne sont donc faits qu'en faveur et dans l'intérêt de la partie demanderesse en main-levée ; la partie qui a formé l'opposition, ne peut donc jamais exciper, contre la partie demanderesse en main-levée, de l'inexécution de ces articles. L'inexécution de ces articles ne peut donc jamais former, contre la partie demanderesse en main-levée, une fin de non recevoir, un moyen de déchéance : *quod in favorem alicujus introductum est, non debet in ejus odium retorqueri.*

» Ensuite, même dans les matières où, pour

l'intérêt commun des deux parties, la loi veut qu'un jugement soit rendu dans un délai déterminé, il est de maxime très-constante que le jugement peut encore être rendu après ce délai, à moins que la loi ne dise expressément qu'après ce délai, la contestation sera périmée de plein droit (1).

» La loi du 7 fructidor an 3 voulait que chaque affaire dans laquelle il y aurait eu une enquête testimoniale, fût jugée immédiatement après que les témoins auraient été entendus, si faire se pouvait, *sinon, à l'audience suivante*. Résultait-il de là que, passé le jour de l'enquête et celui de l'audience suivante, le demandeur était déchu de sa demande? Le sieur Vilain XIV a soutenu devant vous l'affirmative, et a prétendu, sous ce prétexte, faire casser un jugement du tribunal civil du département de l'Escaut, qui avait été rendu sur une enquête, plusieurs mois après l'audition des témoins. Mais, par arrêt du 4 frimaire an 9, au rapport de M. Minier et sur nos conclusions, vous avez proscrit son système.

» La loi du 11 prairial an 7 veut que, dans les affaires de douanes où il s'agit de marchandises anglaises, l'appel soit jugé dans les dix jours, à compter de celui où la requête de l'appelant a été déposée au greffe du tribunal correctionnel; et, sur ce fondement, la cour de justice criminelle du département des Apennins avait jugé, le 17 janvier dernier, qu'elle ne pouvait plus statuer sur un appel dont la requête avait été déposée dès le 4 décembre 1806. Mais son arrêt a été cassé le 2 avril, au rapport de M. Minier.

» La loi du 14-26 octobre 1790 et le Code de procédure civile en disposent, à la vérité, autrement pour les affaires portées devant les justices de paix. Mais aussi ces deux lois ne se bornent pas à dire que les affaires seront jugées dans le délai qu'elles déterminent : elles ajoutent à la fixation de ce délai, la disposition expresse qu'une fois ce délai expiré, la cause sera périmée de plein droit; disposition qui ne se trouve ni dans l'art. 177 ni dans l'art. 178 du Code civil, et que la cour d'appel de Rouen n'aurait certainement pas pu y suppléer.

» Invoquer ici l'art. 2 de la loi du 4 germinal an 2, et de ce que cet article attache la peine de nullité à toute violation ou omission des formes prescrites par les lois rendues depuis 1789, conclure que Morel fils avait encouru la déchéance de son appel, pour ne l'avoir pas fait juger dans le délai fixé par le Code civil, c'est faire de cet article une application souverainement fausse. Autre chose est, pour un jugement, la forme dans laquelle il doit être rendu, autre chose est le délai dans lequel le juge est obligé de le rendre. Le délai ne tient, sous aucun rapport, à la forme.

» L'arrêt du 27 février 1806 a donc justement rejeté le moyen de déchéance que le demandeur opposait à l'appel de son fils; et nous n'avons plus qu'à examiner si l'arrêt du 6 mars suivant a également bien jugé, en rejetant les moyens de nullité que le demandeur opposait aux actes respectueux que son fils lui avait fait signifier les 1er thermidor an 13, 2 fructidor de la même année et 3 vendémiaire an 14.

» Pour apprécier ces moyens, nous croyons devoir remonter aux anciennes lois sur les actes respectueux, et nous assurer de la manière dont elles étaient exécutées : nous n'aurons plus ensuite qu'à les comparer avec les dispositions du Code civil sur la même matière; et peut être ce rapprochement ne sera-t-il pas inutile pour nous faire connaître l'esprit dans lequel ces dispositions ont été rédigées.

» L'édit de Henri III, du mois de février 1556, est la première de nos anciennes lois dans laquelle il soit question des actes respectueux. Après avoir soumis à la peine de l'exhérédation les enfans qui se marieront sans le consentement exprès de leurs parens, il ajoute : *ne voulons et entendons comprendre les mariages qui auront été et seront contractés par les fils excédant l'âge de trente ans, et les filles ayant vingt cinq ans passés et accomplis, pourvu qu'ils se soient mis en devoir de* REQUÉRIR L'AVIS ET CONSEIL *de leursdits pères et mères : ce que voulons aussi être gardé pour le regard des mères qui se remarient, desquelles suffira* REQUÉRIR LEUR CONSEIL ET AVIS ; *et ne seront lesdits enfans, audit cas, tenus d'attendre leur consentement.*

» Cette loi, comme vous le voyez, ne » déterminait pas la forme dans laquelle devait être requis le *conseil et avis* du père et de la mère. L'art. 2 de la déclaration du 26 novembre 1639 a, en partie, réparé cette omission : enjoignons (porte-t-il) *aux fils qui excèdent l'âge de trente ans, et aux filles qui excèdent celui de vingt-cinq, de réquérir* PAR ÉCRIT *l'avis et conseil de leurs pères et mères pour se marier, sous peine d'être exhérédés suivant l'édit de* 1556.

» Mais, en exigeant que la réquisition de *l'avis et conseil* fût faite par écrit, cette loi ne s'est pas plus expliquée que la précédente,

(1) V. l'article *Péremption*, sect. 1, §. 4.

sur le point de savoir si, pour la faire, l'enfant était tenu de se présenter en personne. Comment donc cette loi et la précédente se sont-elles exécutées à cet égard? Nous l'apprenons par un arrêt de réglement du parlement de Paris du 27 août 1692: *ordonne* (y est-il dit) *que les fils et filles, mêmes les veuves qui voudront* FAIRE SOMMER *leurs peres et mères, aux termes de l'ordonnance, de consentir à leur mariage, seront tenus, à l'avenir, d'en demander permission aux juges des lieux du domicile des pères et mères, qui seront tenus de la leur accorder, sur requête.* Vous sentez, messieurs, de quel poids sont ici ces mots, *faire sommer*; il en résulte en effet très-clairement que l'enfant n'est pas obligé de sommer lui-même son père et sa mère de consentir à son mariage, et qu'il peut employer à cette Sommation le ministère d'un tiers. Aussi l'arrêt ajoute-t-il aussitôt: *et de faire faire ces Sommations par deux notaires en la ville de Paris; et partout ailleurs par deux notaires ou par un notaire royal et deux témoins domiciliés, qui signeront avec le notaire, le tout à peine de nullité*; nouvelle preuve que, dans l'esprit de cet arrêt, l'enfant ne doit pas être présent à la Sommation respectueuse: car s'il devait y être présent, l'arrêt exigerait qu'il en signât l'acte; et cependant l'arrêt ne prescrit pas d'autres signatures que celle des notaires et des témoins.

» L'art. 6 de l'édit du mois de mars 1697, ajoutant à l'édit de février 1556 et à l'art. 2 de la déclaration de 1639, permet aux pères et aux mères d'exhéréder leurs filles veuves, même majeures de 25 ans, lesquelles se marieront sans avoir *requis par écrit leur avis et conseil.*

» Un arrêt de réglement du parlement de Toulouse, du 26 juin 1723, *fait inhibitions et défenses à tous fils de famille, majeurs de trente ans, et aux filles majeures de vingt-cinq ans, de contracter mariage sans l'approbation et consentement de leurs pères et mères, s'ils en ont, ou sans avoir requis leur consentement par trois actes réitérés, sous les peines portées par les ordonnances; faisant défenses à tous notaires de retenir aucuns contrats de mariage des fils et filles de famille, qu'il ne leur apparaisse du consentement de leurs pères et mères, ou* DES TROIS ACTES A EUX FAITS POUR LES REQUÉRIR D'Y CONSENTIR....

» Telles sont toutes les dispositions que nous offrent, sur les actes respectueux, les anciennes lois et les anciens réglemens; et, comme vous le voyez, bien loin d'y trouver la nécessité de la comparution personnelle des enfans dans ces actes, nous y trouvons la preuve que cette comparution personnelle n'était pas nécessaire.

» Voulons-nous d'ailleurs nous convaincre que tel était l'usage, même dans la ci-devant Normandie? Ouvrons le *Dictionnaire de droit normand*, aux mots *Sommations respectueuses*: et nous y verrons Houard attester que *presque jamais le notaire n'est accompagné des enfans*, témoignage d'autant moins suspect dans la bouche de cet auteur, qu'il blâme lui-même l'usage dont il certifie l'existence, non qu'il le regarde comme contraire, soit à l'édit de 1556, soit à la déclaration de 1639, soit à l'édit de 1697, mais parcequ'il le trouve en discordance avec les principes d'une bonne morale.

» Maintenant comparons, avec les dispositions que nous venons de parcourir, celles des art. 151 et 154 du Code civil.

» L'art. 151 porte que *les enfans de famille ayant atteint la majorité fixée par l'art. 148, sont tenus, avant de contracter mariage,* DE DEMANDER PAR UN ACTE RESPECTUEUX ET FORMEL, LE CONSEIL *de leur père et de leur mère, ou celui de leurs aïeuls ou aïeules, lorsque leur père et leur mère seront decédés, ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté.*

» Arrêtons nous d'abord à ce texte: *demander, par un acte respectueux et formel, le conseil de leur père et de leur mère*! En quoi diffère-t-il de l'édit de 1556, de la déclaration de 1639 et de l'édit de 1697? Il n'en diffère qu'en ce qu'il substitue aux mots *requérir le conseil et avis*, les expressions, *demander le conseil*; et aux mots, *par écrit*, les expressions, *par un acte respectueux et formel*; c'est-à-dire qu'au fond, il n'en diffère point du tout; et qu'il ne fait que renouveler, en termes équipollens, la disposition de ces trois anciennes lois.

» Or, à qui persuadera-t-on que le législateur, instruit, comme il l'était, de la manière dont ces trois anciennes lois avaient été exécutées, que le législateur instruit, comme il l'était, de l'usage universellement établi de ne pas exiger la comparution personnelle des enfans de famille dans les actes respectueux, se fût borné à renouveler leurs dispositions, s'il eût voulu y ajouter la nécessité de cette comparution personnelle? A qui persuadera-t-on que, dans le cas où telle eût été son intention, il n'eût pas, ou, après le mot, *demander*, ajouté ceux-ci, *en personne*; ou, ce qui serait revenu au même, remplacé les mots, *acte respectueux et formel*, par ceux-ci, *acte respectueux et per-*

sonnel? Il n'a fait ni l'un ni l'autre ; et de ce qu'il ne l'a point fait, nous devons sans doute conclure qu'il n'a point voulu le faire.

» L'art. 154, loin de détruire cette induction, va au contraire la fortifier : *l'acte respectueux* (y est-il dit) SERA NOTIFIÉ *à celui ou ceux des ascendans désignés en l'art.* 151, *par deux notaires, ou par un notaire et deux témoins ; et dans le procès-verbal qui doit en être dressé, il sera fait mention de la réponse.* Est-ce ainsi, nous le demandons à tout homme impartial, est-ce ainsi que le législateur se serait exprimé dans le système du demandeur? Qui ne sent que, s'il eût voulu assujétir l'enfant de famille à faire en personne l'acte respectueux, il aurait dit que l'enfant de famille ferait cet acte en présence de deux notaires ou d'un notaire et de deux témoins, qui en dresseraient procès-verbal? Qui ne sent que, dans cette hypothèse, il aurait dit, non pas que l'acte respectueux serait notifié par deux notaires ou par un notaire et deux témoins, mais que la réquisition respectueuse et personnelle de l'enfant de famille serait constatée par un procès-verbal de deux notaires ou d'un notaire et de deux témoins, dont il serait laissé copie à l'ascendant?

» A ces raisons qui ont, à nos yeux, le caractère de l'évidence, vient encore se joindre l'autorité de l'un des rédacteurs du Code civil. M. Maleville, dans son *Analyse raisonnée*, tome 1, page 174, s'exprime ainsi : *Suivant un arrêt de réglement du parlement de Paris, du 27 août* 1692, *l'enfant était obligé de se transporter en personne chez ses père et mère pour leur faire la Sommation respectueuse ; mais le Code civil ne l'exige pas; et par cela seul, cette formalité ne doit plus être jugée nécessaire.* Assurément, en écrivant ceci, M. Maleville n'avait pas sous les yeux l'arrêt du 27 août 1692 ; car cet arrêt dit précisément tout le contraire de ce qu'il lui fait dire. Mais si, même dans la supposition erronée que la comparution personnelle de l'enfant à la Sommation respectueuse, fût prescrite par un ancien réglement, M. Maleville a pensé que le Code civil y avait dérogé, à combien plus forte raison devons nous penser, nous qui connaissons la véritable disposition de ce réglement, que le Code civil l'a maintenue, par cela seul qu'il a presque littéralement emprunté, relativement à la forme de l'acte respectueux, les termes des lois dont ce réglement n'avait pour objet que d'organiser l'exécution?

» Et qu'on ne s'étonne pas du silence du Code sur la comparution personnelle de l'enfant dans cette grande circonstance : qu'on ne s'étonne pas de l'intention qu'il est nécessairement présumé avoir eue, en se taisant à cet égard, de dispenser l'enfant de l'obligation d'y comparaître en personne. Deux motifs très-puissans ont pu, ont même dû l'y déterminer.

» 1° Il est des cas où la comparution personnelle de l'enfant serait impossible. Tel serait celui d'un mariage *in extremis* que nos anciennes lois condamnaient et que le Code civil autorise. Tel serait encore celui où l'enfant de famille serait séparé de son père par une distance de mille, de quinze cents, de quatre mille lieues; ce qui peut facilement se concevoir si l'on suppose le père en France, et le fils en Amérique ou dans les Indes orientales.

» 2° Dans les cas même où la comparution personnelle de l'enfant serait possible, elle serait, sous les rapports de la morale, sujette, dans plusieurs occasions, à des inconvéniens. Mettons, d'un côté, un père irrité du choix que son fils a fait d'une épouse, et de l'autre un fils obstiné et n'écoutant que sa passion. Plaçons-les en présence l'un de l'autre. Quelle vivacité dans les explications! Quels emportemens de part et d'autre! Le père ne peut-il pas s'échapper en menaces? Des menaces ne peut-il pas en venir aux coups? Et le fils..... tirons le rideau sur ces tristes et déplorables possibilités : elles ne suffiraient pas sans doute pour dispenser le fils de se présenter en personne, si la loi le commandait ; mais la loi ne le commande pas ; et elles expliquent suffisamment son silence.

» Mais, objecte-t-on, l'orateur du gouvernement, qui a exposé au corps législatif, dans sa séance du 17 ventôse an 12, les motifs des art. 151 et 154 du Code civil, a présenté ces articles dans un autre sens. Il a dit que *la loi a pour but de chercher à éclairer les pères et mères sur les préjugés qu'ils peuvent avoir, et les enfans sur les passions qui peuvent les égarer, pour les rapprocher les uns des autres plusieurs fois ; laisser de part et d'autre à la raison et à l'affection le temps d'exercer leur influence ;* que *c'est un moyen que la nature même indique, lorsque ce sont des pères et mères vis-à vis leurs enfans ;* que *se voir et entrer en explication, c'est presque toujours dissiper les nuages et rétablir l'harmonie.*

» A cette objection, messieurs, nous ne ferons personnellement aucune réponse ; nous laisserons parler le magistrat qui a porté la parole sur cette affaire devant la cour d'appel de Rouen (M. Brière, substitut) : *Le meilleur moyen d'interpréter la loi, est de l'interpréter par elle-même, par ses propres disposi-*

tions. Mais, indépendamment de ce que l'orateur du gouvernement n'a point dit, en propres termes, que la comparution personnelle de l'enfant de famille fût exigée par la loi, et qu'on peut seulement induire de son discours, le désir, le vœu du législateur, pour que les actes respectueux soient faits en personne, prononcera-t-on une nullité, sur le principe que le législateur a desiré une chose que de graves considérations l'ont empêché de placer dans le texte de la loi, comme une disposition de sa volonté? Nous nous tenons fermement au texte de la loi et à l'interprétation de doctrine.

» De tous ces développemens il résulte une conséquence qui doit maintenant ne laisser aucun doute dans vos esprits : c'est que la cour d'appel de Rouen n'a violé ni l'art. 151 ni l'art. 154 du Code civil, en jugeant que le défaut de comparution personnelle de Morel fils dans les actes respecteux des 1er thermidor et 2 fructidor an 13 et 3 vendémiaire an 14, ne pouvait pas être, pour ces actes, une cause de proscription.

» Mais ces actes n'ont-ils pas dû être déclarés nuls, précisément parceque Morel fils y avait employé les mots *sommé et interpellé?* C'est la dernière question que vous avez à juger, et quelques observations très-simples suffiront pour la résoudre.

» C'est une remarque que nous avons déjà faite; les art. 151 et 154 du Code civil n'ont fait que renouveler, en termes équipollens, les dispositions de l'édit de 1556, de la déclaration de 1639 et de l'édit de 1697. Or, par ces dispositions, ce n'était pas une Sommation respectueuse qui était prescrite aux enfans de famille, c'était une simple réquisition par écrit de *l'avis et conseil* des parens. Cependant il était tellement passé en usage d'employer, dans cette réquisition, les mots *sommé et interpellé*, que le parlement de Paris, dans son arrêt de réglement du 27 août 1692, avait expressément qualifié cette réquisition, de *Sommation respectueuse.* Eh! Comment, d'après cela, un acte respectueux fait sous le Code civil, pourrait-il être vicié par l'emploi des mots *sommé et interpellé*? De quel droit condamnerions-nous, sous le Code civil, des termes qu'il ne proscrit pas plus que ne le faisaient les anciennes lois, et dont la compatibilité avec les ancienes lois était établie par un usage constant, universel et immémorial?

» Sans contredit, si, aux mots *sommé et interpellé*, l'enfant ne joignait pas des expressions qui portassent le caractère du respect qu'il doit toujours conserver pour son père et sa mère, et dont il leur doit surtout la manifestation dans une conjoncture aussi intéressante pour toute sa famille; si l'acte qu'il leur fait notifier, n'était qu'une Sommation sèche, il y aurait, de sa part, contravention à l'art. 151 du Code, et par conséquent nullité; mais pourquoi? Parceque l'art. 151 du Code exige un acte respectueux; et que, dans cette hypothèse, ce ne serait pas un acte respectueux qu'il eût fait notifier aux auteurs de ses jours. C'est ainsi que même, sous l'empire des anciennes lois, une Sommation qui n'eût pas été respectueuse dans toute sa teneur, n'eût pas rempli leur objet, et aurait été déclarée nulle. C'est ainsi que, sous le Code civil, la cour d'appel de Bordeaux, par l'arrêt du 12 fructidor an 13 que l'on vous a cité, a déclaré nul un acte prétendu respectueux, par lequel Jeanne Plantey avait sommé son père et sa mère de consentir au mariage qu'elle était *dans la ferme résolution* de contracter avec un prêtre, en ajoutant, il est vrai, à cette Sommation, les termes, *avec tout le respect qui leur est dû*, mais sans demander leur *conseil*, chose impérativement ordonnée par le Code civil comme par les anciennes lois.

» Ici, rien de semblable. Morel fils commence par *demander à ses père et mère, avec tout le respect que doit un fils à ses père et mère, leur conseil et consentement au mariage qu'il est dans l'intention de contracter;* ensuite il *les prie et supplie et les somme et interpelle, avec tout le respect possible, de vouloir bien consentir audit mariage.* Vous voyez que, dans tout cela, il n'y a rien que de respectueux; et que, si les mots *somme et interpelle* présentent quelque chose de peu convenable, ces expressions sont corrigées et adoucies, non-seulement par celles qui précèdent, *prie et supplie*, mais encore et surtout par celles qui suivent, *avec tout le respect possible, de vouloir bien consentir audit mariage.* Sommer *avec respect*, sommer *de vouloir bien*, ce n'est pas faire une Sommation proprement dite; c'est demander, c'est prier d'une manière pressante, sans doute, mais toujours respectueuse.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête du demandeur, et de le condamner à l'amende ».

Par arrêt du 4 novembre 1807, au rapport de M. Rousseau,

« Attendu, sur le premier moyen, que l'art. 178 du Code civil ne déclare point périmée l'instance, faute d'être statué dans les dix jours; et que d'ailleurs, le délai n'est qu'en faveur de ceux qui provoquent le mariage;

» Sur le second moyen, que l'art. 151 ne prescrit point la comparution personnelle de

l'enfant requérant le conseil et le consentement de ses père et mère, avant de contracter mariage;

» Sur le troisième et dernier moyen, que le mot de *sommation* est précédé, suivi et accompagné de termes révérentiels et respectueux;

» La cour rejette le pourvoi ».

IV. Beaucoup d'autres questions sur cette matière sont traitées dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Actes Respectueux*.]]

[[SORCELLERIE, SORCIER. *V.* l'article *Sortilége*, et mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Hiérarchie judiciaire*, §. 1.]]

SORTIE (droit de). *V.* l'article *Douanes*.

* SORTILÉGE. Maléfice dont se servent les prétendus sorciers pour nuire à autrui.

I. On était autrefois fort crédule en France sur l'article des sorciers. Sous le règne de Charles IX, un prétendu sorcier nommé *Trois-Echelles*, fut exécuté en place de grève, pour avoir eu commerce avec les démons, « et accusa douze cents personnes du même crime » (dit Mézerai, qui trouve ce nombre de douze » cents bien fort) : car (ajoute-t-il) un auteur le » rapporte ainsi : Je ne sais s'il le faut croire; » car ceux qui se sont une fois rempli l'imagination de ces creuses et noires fantaisies, » croient que tout est plein de diables et de » sorciers ».

Sous le successeur de Charles IX, on se mit en garde contre l'excessive crédulité sur ce point, comme il paraît par le récit de Pigray, chirurgien de Henri III, et témoin oculaire du fait qu'il rapporte : « La cour du » parlement de Paris s'étant (dit-il) réfugiée » à Tours en 1589, nomma MM. Leroi, Falaiseau, Renard, médecins du roi, et moi, pour » voir et visiter quatorze tant hommes que » femmes, qui étaient appelans de la mort, » pour être accusés de sorcellerie. La visitation fut faite par nous, en présence de deux » conseillers de ladite cour. Nous vîmes les » rapports qui avaient été faits, et sur lesquels avait été fondé leur jugement par le » premier juge. Je ne sais pas la capacité ni » la fidélité de ceux qui avaient rapporté; » mais nous ne trouvâmes rien de ce qu'ils » disaient, entre autres choses, qu'il y avait » certaines places sur eux du tout insensibles; » nous les visitâmes fort diligemment, sans » rien oublier de tout ce qui est requis, les » faisant dépouiller tout nus : ils furent piqués en plusieurs endroits; mais ils avaient » le sentiment fort aigu. Nous les interrogeâmes sur plusieurs points, comme on fait les » mélancoliques; nous n'y rencontrâmes que » de pauvres gens stupides; les uns, qui ne se » souciaient de mourir; les autres, qui le désiraient : notre avis fut de leur bailler plutôt de l'ellébore pour les purger, qu'autre » remède pour les punir. La cour les renvoya » suivant notre rapport ».

Cependant ces accusations fréquentes de sorcellerie, jointes à la croyance qu'on donnait à l'astrologie judiciaire et autres semblables superstitions, sous le règne des derniers Valois, avaient tellement enraciné le préjugé qu'il existait un grand nombre de vrais sorciers, que, dans le siècle suivant, on trouve encore des traces assez fortes de cette opinion.

En 1609, Filesac, docteur en Sorbonne, se plaignait que l'impunité des sorciers en multipliait le nombre à l'infini. Il ne les compte plus par douze cents, ni même par cent mille, mais par millions.

Bouchel rapporte un arrêt du 12 septembre 1609, par lequel le parlement de Bretagne condamna des prêtres et autres *convaincus de magie et de sorcellerie*, à être pendus et ensuite brûlés avec leurs livres.

Chenu en rapporte un autre du 17 mai 1616, par lequel le parlement de Paris condamna trois particuliers du Berri à faire amende honorable, et ensuite à être pendus et étranglés, pour crime de Sortilége, et pour avoir assisté au sabbat et participé avec le diable.

La maréchale d'Ancre fut aussi accusée de Sortilége, et l'on produisit en preuve contre elle, de s'être servie d'images de cire qu'elle conservait dans des cercueils; d'avoir fait venir des sorciers, prétendus religieux dits ambrosiens, de Nanci en Lorraine, pour l'aider dans l'oblation d'un coq qu'elle faisait prendre la nuit dans l'église des Augustins et dans celle de Saint-Sulpice; et enfin, d'avoir eu chez elle trois livres de caractères magiques, avec un autre petit caractère et une boîte où étaient cinq rondeaux de velours, desquels caractères elle et son mari usaient pour dominer sur les volontés des grands. On se souviendra avec étonnement, dit Voltaire, dans son *Essai sur le siècle de Louis XIV*, jusqu'à la dernière postérité, que la maréchale d'Ancre fut brûlée en place de Grève, comme sorcière, et que le conseiller Courtin, interrogeant cette femme infortunée, lui demanda de quel Sortilége elle s'était servie pour gouverner l'esprit de Marie de Médicis. La maréchale lui répondit : *Je me suis servie du pouvoir qu'ont les ames fortes sur les esprits faibles*; et

qu'enfin cette réponse ne servit qu'à précipiter l'arrêt de sa mort.

Il en fut de même dans l'affaire de ce fameux curé de Loudun, Urbain Grandier, condamné au feu comme magicien, par une commission du conseil. Ce prêtre était sans doute répréhensible et pour ses mœurs et pour ses écrits; mais l'histoire de son procès et celle des diables de Loudun ne prouvent en lui aucun des traits pour lesquels on le déclara dûment atteint et convaincu du crime de magie, maléfice et possession; et pour réparation desquels on le condamna à être brûlé avec les pactes et caractères magiques qu'on l'accusait d'avoir employés.

Enfin, la raison, qui commença à faire des progrès sous le règne de Louis XIV, a fait prévaloir l'opinion qu'il n'y a point de vrais sorciers. Nous voyons que le parlement de Rouen ayant fait arrêter, en 1672, un grand nombre de bergers et d'autres gens accusés d'être sorciers, le roi rendit, en son conseil, le 26 avril de la même année, un arrêt par lequel il fut enjoint de relâcher tous ces accusés. Depuis ce temps, les simples accusations de sorcellerie n'ont plus été admises dans les tribunaux.

Au reste, pour savoir ce qu'on pense en France des sorciers, enchanteurs et devins, il faut lire l'édit du mois de juillet 1682 :

« L'exécution des ordonnances des rois nos prédécesseurs (porte le préambule de cet édit), contre ceux qui se disent devins, magiciens et enchanteurs, ayant été négligée depuis long-temps, et ce relâchement ayant attiré des pays étrangers, dans notre royaume, plusieurs de ces imposteurs, il serait arrivé que, sous prétexte d'horoscope et de divinations, et par le moyen des prestiges, des opérations, de prétendues magies et autres illusions semblables, dont ces sortes de gens ont accoutumé de se servir, ils auraient surpris diverses personnes ignorantes ou crédules, qui s'étaient insensiblement engagées avec eux, en passant des vaines curiosités aux superstitions, et des superstitions aux impiétés et aux sacriléges; et, par une funeste suite d'engagemens, ceux qui se sont le plus abandonnés à la conduite de ces séducteurs, se seraient portés à l'extrémité criminelle d'ajouter la maléficie et le poison aux impiétés et aux sacriléges, pour obtenir l'effet des promesses desdits séducteurs, et pour l'accomplissement de leurs méchantes prédictions.

» Ces pratiques étant venues à notre connaissance, nous aurions employé tous les soins possibles pour en faire cesser et pour arrêter, par des moyens convenables, les progrès de ces détestables abominations : et bien qu'après la punition qui a été faite des principaux auteurs et complices de ces crimes, nous dussions espérer que ces sortes de gens seraient pour toujours bannis de nos États, et nos sujets garantis de leurs surprises; néanmoins, comme l'expérience du passé nous a fait connaître combien il est dangereux de souffrir les moindres abus qui portent au crime de cette qualité, et combien il est difficile de les déraciner, lorsque, par la dissimulation ou par le nombre des coupables, ils sont devenus crimes publics; ne voulant d'ailleurs rien omettre de ce qui peut être de la plus grande gloire de Dieu et de la sûreté de nos sujets, nous avons jugé nécessaire de renouveler les anciennes ordonnances, et de prendre encore, en y ajoutant, de nouvelles précautions, tant à l'égard de tous ceux qui usent de maléfices et de poison, que de ceux qui, sous la vaine profession de devins, magiciens, sorciers, ou autres noms semblables, condamnés par les lois divines et humaines, infectent et corrompent l'esprit des peuples par leurs discours et pratiques, et par la profanation de ce que la religion a de plus saint ».

En conséquence, il est ordonné, par l'art. 1er de cette loi, que toutes personnes se mêlant de deviner et se disant devins ou devineresses, aient à vider incessamment le royaume, à peine de punition corporelle.

L'art. 2 défend toutes pratiques superstitieuses de fait, par écrit ou par paroles, soit en abusant des termes de l'Écriture sainte ou des prières de l'église, soit en disant ou en faisant des choses qui n'ont aucun rapport aux causes naturelles; et veut que ceux qui se trouveront les avoir enseignées, ensemble ceux qui les auront mises en usage, et qui s'en seront servis pour quelque fin que ce puisse être, soient punis exemplairement et suivant l'exigence des cas.

L'art. 3 veut que, s'il se trouve à l'avenir des personnes assez méchantes pour ajouter la superstition et le sacrilége à l'impiété, sous prétexte d'opération de prétendue magie, ou autre prétexte de pareille qualité, celles qui s'en trouveront convaincues, soient punies de mort. (M. Guyot.)*

[[Aujourd'hui, les soi-disant sorciers, lorsqu'ils se bornent au métier de deviner ou de pronostiquer, ou d'expliquer les songes, ne sont punis que de peines de simple police. *V.* l'article *Devin*.

Mais s'ils vont jusqu'à l'escroquerie, telle qu'elle est caractérisée par l'art. 405 du Code pénal de 1810, ils sont punis, comme es-

crocs, des peines portées par le texte. *V.* l'article *Escroquerie*, et mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Hiérarchie judiciaire*, §. 2.

III. L'imputation de sortilége est-elle une injure dont on puisse demander la réparation en justice ?

« Le procureur général expose que le tribunal de police du canton de l'Isle-sur-le-Serein, département de l'Yonne, a rendu, le 28 juillet dernier, un jugement qui lui paraît devoir être cassé dans l'intérêt de la loi.

» Par exploit du 25 janvier 1811, Louis Ralassey, Jean Painson, Etienne Moulin et Jean Dupin, propriétaires, demeurans dans la commune de Joux, exposent que, *méchamment et calomnieusement, à dessein de ravir leur honneur et réputation, et leur causer grand tort dans leur commerce, Claude Griffe s'est permis, le 6 du présent mois et jours suivans, de répandre dans le public qu'il les avait vus, ledit jour 6 janvier, sur les cinq heures du soir, au* SABBAT, *sur le climat de Balagey, finage de Joux, danser autour d'un feu et d'une table sur laquelle il y avait quantité de bouteilles et de verres pleins de vin, et au milieu de laquelle danse était placé* UN FAUTEUIL TOUT DORÉ, DANS LEQUEL ÉTAIT LE DIABLE QUI PRÉSIDAIT A LA SUSDITE DANSE; *que ces propos sont trop attentatoires à leur honneur et réputation, pour être passés sous silence et ne pas être réprimés suivant toute la rigueur des lois, d'autant plus que, dans ce moment, leurs enfans n'osent plus aller aux écoles publiques de ladite commune, ni même sortir dans les rues, sans être poursuivis par les autres enfans qui leur reprochent ce fait, ce qui cause beaucoup de désordre dans ladite commune de Joux; pour quoi, ils concluent à ce que ledit Griffe soit tenu de convenir que c'est à tort qu'il a tenu ces propos; qu'il s'en repent, qu'il les reconnaît pour gens d'honneur, et incapables de ce dont il les a accusés; et que, pour l'avoir fait, il soit condamné en trois francs de dommages et intérêts envers chacun d'eux, ainsi qu'en trois francs d'amende et aux dépens, avec défenses de plus à l'avenir récidiver; sauf à l'adjoint de la commune à prendre telles conclusions qu'il avisera.*

» En conséquence de cet exploit, les parties ont comparu devant le tribunal de police; et après les avoir entendues, ainsi que le ministère public, ce tribunal, considérant *qu'une accusation de sortilége ne peut qu'occasionner en public du mépris et de la risée, a mis les parties hors de cour.*

» Rien ne serait plus raisonnable que cette manière de prononcer, si la raison était l'apanage de la multitude : mais, on ne le sait que trop; les choses les plus absurdes sont toujours celles que la multitude croit le plus volontiers; et parmi les absurdités dont elle aime à se repaître, il n'en est pas de plus dangereuses que les accusations de sorcellerie.

» Déjà plusieurs exemples de cette déplorable vérité, ont frappé les regards de la cour. En voici notamment un qui a laissé de profondes traces dans tous les esprits.

» Le 11 novembre 1807, un mendiant nommé François Plet, fut arrêté dans la commune de Frans, arrondissement de Mayenne, par Joseph Horeau, et conduit dans la maison occupée par la famille de ce particulier. Là, on lui reprocha d'avoir ensorcelé Julien Horeau, lequel se trouvait atteint d'une maladie grave, et on le somma de le désensorceler. Le malheureux François Plet eût beau protester qu'il ne savait ce qu'on lui voulait dire, qu'il n'entendait rien à la sorcellerie, qu'il lui était impossible de guérir une maladie dont la cause lui était aussi étrangère qu'inconnue : on lui lia les mains et les pieds, et dans cet état on l'introduisit dans un four chauffé exprès, en lui déclarant qu'on l'y laisserait jusqu'à ce qu'il eût désensorcelé Julien Horeau. On ne l'y laissa en effet que trop long-temps; il en sortit tout brûlé, et il expira cinq jours après dans des douleurs affreuses. De là, une procédure en assassinat contre Joseph Horeau, Anne Letessier, sa mère, Anne Horeaus, sa sœur, Louis et Etienne Horeau, ses frères. Tous furent jugés coupables, tous furent condamnés à mort par arrêt de la cour de justice criminelle du département de la Mayenne, du 18 juin 1808; et cet arrêt fut confirmé par la cour de cassation, le 19 août suivant.

» Tels sont les épouvantables excès auxquels peuvent conduire les imputations de sorcellerie; et comment nier, d'après cela, que les imputations de sorcellerie ne soient des injures ?

» Il y a nécessairement injure, toutes les fois qu'il y a imputation d'un fait blâmable, n'importe que ce fait soit réellement possible, ou qu'il ne soit réputé tel que par une opinion erronée.

» Il est donc bien indifférent que la sorcellerie soit un crime imaginaire : dès que l'opinion d'un grand nombre de personnes le regarde comme possible, il est clair que c'est nuire à la réputation de quelqu'un, au moins dans l'opinion de ces personnes, que de le lui imputer. Il est clair, par conséquent, qu'imputer à quelqu'un le crime de sorcellerie, c'est l'injurier; et par conséquent encore, il est clair que refuser de faire droit sur une de-

mande en réparation de propos imputant ce crime à quelqu'un, c'est violer le n° 11 de l'art. 471 du Code pénal, lequel veut que les tribunaux de police punissent d'une amende, depuis un franc jusqu'à cinq, *ceux qui, sans avoir été provoqués, auront proféré contre quelqu'un des injures.*

» Du reste, il ne paraît pas douteux que le jugement dont il s'agit, ne doive être considéré comme rendu en dernier ressort, et par suite comme susceptible de cassation.

» A la vérité, l'art. 172 du Code d'instruction criminelle porte que *les jugemens rendus en matière de police, pourront être attaqués par la voie de l'appel, lorsqu'ils prononceront un emprisonnement, ou lorsque les amendes, restitutions et autres réparations civiles excéderont la somme de cinq francs outre les dépens.*

» Mais le jugement dont il s'agit, ne prononce ni emprisonnement, ni aucune espèce d'amende, de restitutions, de réparations civiles. Ce jugement n'est donc pas sujet à l'appel; il est donc nécessairement soumis au recours en cassation : *inclusio unius est exclusio alterius.*

» On objecterait inutilement que les demandeurs en réparation d'injures avaient conclu, indépendamment de l'amende qu'ils étaient non recevables à requérir, à ce que le défendeur fût condamné, envers chacun d'eux, à trois francs de dommages-intérêts; ce qui, s'ils avaient obtenu gain de cause, aurait élevé la condamnation à douze francs.

» Sans doute, de droit commun, et dans les matières civiles, pour déterminer si un jugement est rendu en dernier ressort ou à la charge de l'appel, c'est à la demande, et non pas à la condamnation, que l'on doit s'attacher.

» Mais l'art. 172 du Code d'instruction criminelle établit une autre règle pour les jugemens des tribunaux de police : il ne soumet ces jugemens à l'appel, que lorsqu'ils prononcent, ou un emprisonnement, ou des condamnations pécuniaires qui s'élèvent au-dessus de cinq francs; et de là il suit évidemment que tout jugement de tribunal de police qui acquitte le prévenu, doit être réputé en dernier ressort.

» Ce considéré, il plaise à la cour, vu l'art. 88 de la loi du 27 ventôse an 8, l'art. 442 du Code d'instruction criminelle, et l'art 471, n° 11, du Code pénal, casser et annuler, dans l'intérêt de la loi, et sans préjudice de son exécution entre les parties intéressées, le jugement de tribunal de police du canton de l'Ile-sur-le-Serein, ci-dessus mentionné, et dont expédition est ci-jointe; et ordonner qu'à la diligence de l'exposant, l'arrêt à intervenir sera imprimé et transcrit sur les registres dudit tribunal.

Fait au parquet, le 11 mars 1811. *Signé* Merlin.

« Ouï le rapport de M. Favard de Langlade..... ;

» Vu l'art. 88 de la loi du 27 ventôse an 8, et l'art. 442 du Code d'instruction criminelle de 1808.....;

» Vu aussi l'art. 471, n° 11, du Code pénal de 1811..... ;

» Attendu que l'imputation de sorcellerie faite à Louis Ralassey, Jean Painson, Étienne Moulin et Jean Dupin, par Claude Griffe, formait une injure grave qui pouvait nuire à la réputation de ceux auxquels elle était adressée; que d'ailleurs cette imputation, en la laissant accréditer, pouvait égarer l'opinion du peuple, troubler l'ordre et la tranquillité publique, et occasionner des résultats fâcheux au préjudice de ceux qui en avaient été l'objet; que, dès-lors, en refusant de prononcer sur une demande en réparation de pareils propos, le tribunal de police du canton de l'Ile-sur-le-Serein, département de l'Yonne, a violé l'art. 471 du Code pénal ci-dessus cité;

» La cour, par ces motifs, et dans l'intérêt de la loi seulement, casse le jugement du tribunal de police dudit canton de l'Ile-sur-le-Serein, du 25 janvier dernier.... ;

» Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique de la cour de cassation, section criminelle, le 15 mars 1811 ».]]

SOU. Monnaie qui vaut douze deniers. *V.* les articles *Monnaie*, §. 1, n° 9, *Paiement*, n° 16; et *Monnaie décimale*.

* SOU POUR LIVRE. On appelle ainsi des droits additionnels qui ont été imposés sur différens objets par différentes lois, notamment par l'édit de Louis XV, du mois de novembre 1771, M. Guyot.)*

[[Ces droits ont été supprimés, les uns en 1790, les autres en 1791, avec ceux auxquels ils étaient accessoires.

Mais il en a été depuis créé de semblables sous des dénominations différentes.

1°. Chaque année, la loi du budjet de l'État autorise la perception de *centimes additionnels* aux contributions foncière et personnelle; et elle en détermine le *maximum* d'après la fixation du principal de l'une et de l'autre contribution. *V.* la première loi du 11 frimaire an 7.

2°. La loi du 6 prairial an 7, dont les dis-

positions ont été renouvelées presque chaque année par la loi du budjet, porte qu'il « sera perçu au profit de la république, à titre de *subvention extraordinaire de guerre*, un décime par franc en sus des droits d'enregistrement, de timbre, hypothèque, droits de greffe, droits de voitures publiques, de garantie sur les matières d'or et d'argent, *amendes* et condamnations pécuniaires, ainsi que sur les droits de douane à l'importation, l'exportation et la navigation ».

De cette disposition est née la question de savoir si le décime par franc est dû sur les sommes adjugées à des particuliers, à titre d'amende.

Dans le fait, jugement du tribunal correctionnel de Paris, qui condamne le sieur Julliot, pour avoir refusé la restitution de sommes qui avaient été déposées entre ses mains, à l'amende portée par la loi du 3 fructidor an 3, dont moitié au profit du fisc, et moitié au profit des propriétaires du dépôt.

La régie de l'enregistrement demande le dixième pour franc sur la totalité de l'amende.

Les créanciers de Julliot soutiennent que la moitié de l'amende affectée au fisc, est seule passible de ce droit; et que l'autre moitié, attribuée aux propriétaires du dépôt, en est affranchie.

Le tribunal de première instance, et après lui, la cour d'appel de Paris, le décident ainsi.

Recours en cassation de la part de la régie de l'enregistrement.

« L'art. 1 de la loi du 6 prairial an 7 (dit-elle) veut que le droit de subvention soit perçu sur les *amendes* sans distinction, et par conséquent sur celles qui sont attribuées en tout ou en partie *à des particuliers*. Le législateur n'ignorait pas que les lois antérieures, en prononçant des amendes, en attribuaient en effet tout ou partie à des particuliers, et à des établissemens publics et de bienfaisance; et cependant il n'a fait aucune distinction entre les amendes. Aussi, une décision du ministre des finances, du 16 vendémiaire an 8, porte-t-elle que la subvention de guerre s'étend à toute espèce d'amendes ou condamnations pécuniaires, soit qu'elles appartiennent au trésor public, soit que le législateur les ait attribuées à des administrations, autorités et établissemens quelconques ou *à des particuliers*.

» Nul doute donc, dans l'espèce, que le décime par franc ne dût être perçu sur la moitié de l'amende applicable aux propriétaires du dépôt, comme sur l'autre moitié qui revenait au fisc ».

Les créanciers unis de Julliot répondent:

« La loi du 6 prairial an 7 veut, il est vrai, que le décime par franc soit perçu sur toutes les amendes et condamnations judiciaires; mais elle n'entend parler que de toutes les amendes et condamnations adjugées au fisc, et non des amendes et condamnations adjugées à des particuliers, pour indemnité.

» Cette loi, en effet, n'a voulu établir qu'un *accroissement*, une *augmentation* des sommes qui, en vertu des lois antérieures, étaient *dues au trésor public*, quelle que fût leur *destination ultérieure*. Ces sommes ont bien été augmentées d'un décime par franc, mais non celles qui, soit à titre de *dommages-intérêts*, soit à titre *d'amende*, sont attribuées à des particuliers. La partie de l'amende adjugée au propriétaire du dépôt, est une *indemnité* de la perte qu'il a éprouvée. Or, un impôt sur cette indemnité rejaillirait, en cas de faillite, sur le propriétaire lésé.

» La décision du ministre des finances prouve même que ce genre d'amende n'est pas *nommément* compris dans la loi; et quelque respectable que soit cette décision, elle ne peut étendre la loi d'un cas prévu à un cas non prévu ».

M. l'avocat général Daniels, portant la parole sur cette affaire, justifie le système de la régie par l'art. 19 de la loi du 5-19 décembre 1790, institutive du droit d'enregistrement.

« Cette loi (dit-il) veut que les préposés à la perception des droits d'enregistrement, soient également chargés du *recouvrement des amendes, aumônes*, et de *toutes autres peines pécuniaires, prononcées par forme de condamnation pour crimes et délits, faits de police, contravention aux règlemens de manufactures, et autres, à la charge de rendre aux parties intéressées la part les concernant.*

» Toute amende attribuée à des particuliers, doit donc être versée dans les caisses du trésor public; le fisc seul a le droit d'en percevoir le montant, pour en faire ensuite l'application suivant le vœu de la loi.

» Toute amende est donc aussi augmentée d'un décime par franc; et comme cette imposition a été établie pour *subvention de guerre*, il est évident qu'elle doit toujours être perçue au profit du fisc, même dans le cas où une partie de l'amende est attribuée à la partie lésée ».

Par arrêt du 19 mars 1806, au rapport de M. Oudart,

« Vu l'art. 3 de la loi du 3 fructidor an 3, et l'art. 1 de celle du 6 prairial an 7;

Considérant que la loi du 6 prairial an 7 a soumis au droit de subvention l'amende entière, et non une partie quelconque de l'amende ; et qu'ainsi, l'arrêt de la cour d'appel de Paris a contrevenu à cette loi, en jugeant que la moitié seulement de l'amende que prononce la loi du 3 fructidor an 3, et qu'elle applique au profit de la république, devait être soumise au droit de subvention ;

» La cour casse et annulle.... ».]]

* SOUCHETAGE. C'est la descente que font les officiers des eaux et forêts pour rechercher et reconnaître les souches des bois coupés.

Les adjudicataires étant déclarés par la loi responsables des délits qui se trouvent commis aux environs de leurs ventes, il était juste qu'il leur fût permis de faire procéder à la reconnaissance des délits antérieurs à leur exploitation : en conséquence, l'art. 50 du tit. 15 de l'ordonnance des eaux et forêts, du mois d'août 1669, porte « qu'avant de faire exploiter » les ventes, les marchands pourront faire » procéder au Souchetage par-devant le maî» tre particulier, en présence du grade-mar» teau et du sergent à garde, par deux experts, » desquels l'un sera nommé par notre procu» reur de la maîtrise, et l'autre de leur part, » dont il sera dressé procès-verbal, sans frais ni » droits, à peine de concussion, à la réserve des » journées des souche teurs, qui seront taxées » par le maître, et payées par le collecteur des » amendes, dans lequel procès-verbal sera em» ployé le nombre des souches qui auront été » trouvées, leur qualité et grosseur, et demeu» rera au greffe de la maîtrise pour y avoir re» cours et s'en servir au récollement ».

Après l'exploitation de la vente, on doit procéder à un nouveau souchetage : pour cet effet, le procureur du roi [[aujourd'hui l'inspecteur des forêts,]] et l'adjudicataire doivent nommer chacun un souchetcur ; et si le marchand refuse d'en nommer un, celui que le procureur du roi a nommé, doit procéder seul au nouveau Souchetage ; et son rapport doit être réputé contradictoire. C'est ce qui résulte de l'art. 3 du tit. 16 de l'ordonnance citée.

L'art. 4 veut que le Souchetage se fasse aux environs et dans les réponses des ventes, en présence des marchands, s'ils y veulent assister, du procureur du roi, du garde marteau et du sergent à garde, qui doivent dresser leurs procès-verbaux contenant le détail des souches trouvées, et les délits commis pendant l'exploitation, arbre par arbre, avec mention de leur qualité, nature, essence, âge et grosseur ; et il fait défense au soucheteur d'en omettre aucun, à peine de restitution du quadruple de ceux qu'il n'aurait pas rapportés.

Suivant l'art. 5, les procès-verbaux du second Souchetage doivent être répétés et confrontés sur ceux du premier, et la différence marquée par le menu et en détail : à l'effet de quoi, doivent être représentés tous les procès-verbaux de décharge faits pour les marchands et leurs facteurs, afin de remarquer les délits dont ils n'ont pas été valablement déchargés. *V.* les articles *Récollement* et *Adjudicataire*, §. 6, n° 5. (M. Guyot) *

[[Le Code forestier du 21 mai 1827 est muet sur le Souchetage ; il porte simplement art. 30, que « les adjudicataires ne pourront » commencer l'exploitation de leurs coupes, » avant d'avoir obtenu, par écrit, de l'agent » forestier local, le permis d'exploiter, à peine » d'être poursuivis comme délinquans pour » les bois qu'ils auraient coupés » ; et art. 45, que « les adjudicataires, à dater du per» mis d'exploiter, et jusqu'à ce qu'ils aient » obtenu leur décharge, sont responsables de » tout délit forestier commis dans leurs ven» tes et à l'ouïe de la coignée, si leurs fac» teurs ou garde-ventes n'en font leurs rap» ports lesquels doivent être remis à l'agent » forestier dans le délai de cinq jours ».

Mais voici ce qu'on lit dans l'art. 93 de l'ordonnance du roi, du 1er août de la même année, concernant le mode d'exécution de ce Code :

« Dans le mois qui suivra l'adjudication, pour tout délai, et avant que le permis d'exploiter soit délivré, l'adjudicataire pourra exiger qu'il soit procédé, contradictoirement avec lui ou son fondé de pouvoirs, au Souchetage et à la reconnaissance des délits qui auraient été commis dans la vente ou à l'ouïe de la coignée.

» Cette opération sera exécutée dans l'intérêt de l'état et sans frais par un agent forestier accompagné du garde du triage.

» Le procès-verbal qui en sera dressé, contiendra le nombre des souches qui auront été trouvées, leur essence et leur grosseur. Il sera signé par l'adjudicataire ou son fondé de pouvoirs, ainsi que par l'agent et le garde-forestier présent.

» Les souches seront marquées du marteau de l'agent forestier ».]]

[[SOULTE DE PARTAGE. *V.* l'article *Partage*.]]

* SOURD-MUET. C'est celui qui ne peut entendre ni parler, par le vice des organes de l'ouïe et de la parole.

[[I. Dans le droit romain, les Sourds-muets étaient interdits, à l'instar des imbécilles ; et on leur donnait, comme à ceux-ci, des curateurs pour gérer leurs affaires. *Sed et mente captis, et Surdis et mutis, et qui perpetuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.* (§. 4, Inst. *de curatoribus.*)

Mais cette régle, s'il en faut croire Voët, sur le Digeste, liv. 27, tit. 10, n° 18, admettait une exception en faveur des Sourds-muets qui avaient l'intelligence nécessaire pour connaître leurs droits et manifester leur volonté. Car, dit ce jurisconsulte, on voit dans plusieurs textes, des Sourds-muets agir sans assistance de curateurs, et s'obliger par eux-mêmes.

Eum qui surdus VEL *mutus natus, vel posteà factus est, nihil prohibet pro herede gerere et acquirere sibi hereditatem; si tamen intelligit quod agit.* (§. 4, Inst. *de hëredum qualitate et differentiâ*).

Mutum NEC NON *surdum, etiam ità* NATOS, *pro herede gerere et obligari hereditati posse constat.* (Loi 5, D. *de acquirendâ vel omittendâ hereditate*).

Mutus pater vel dominus filio vel servo heredibus institutis, magis est ut, si intellectu non careat, nutu jubere possit adire hereditatem : ut ei jure ejus commodum quæri possit, quod facilè explicari possit scientiâ litterarum. Mutus servus jussu domini pro herede gerendo obligat dominum hereditati. (Loi 93, § 1 et 2, D. *eod. tit.*)

Stipulatio non potest confici, nisi utroque loquente; et ideò neque mutus, neque surdus, neque infans stipulationem contrahere possunt; nec absens quidem, quoniam exaudire invicem debent. Si quis igitur ex his vult stipulari, per servum præsentem stipuletur, et acquiret ei ex stipulatu actionem. (Loi 1, D. *de verborum obligationibus.*)

Il est pourtant bien facile de reconnaître que ces textes ne portent pas sur l'homme qui est à la fois Sourd et muet; mais uniquement sur celui qui est muet sans être Sourd, ou qui, par un accident survenu depuis sa naissance, est Sourd sans être muet.

Quoi qu'il en soit, si la restriction proposée par Voët, n'est pas conforme aux lois romaines, elle l'est du moins à la manière dont ces lois ont été appliquées dans nos mœurs; et aujourd'hui encore le Code civil ne permettant l'interdiction que pour fureur, démence ou imbécilité, il est clair que même le Sourd-muet de naissance ne pourrait être interdit qu'autant que, par l'effet de la privation des organes de l'ouïe et de la parole, il se trouverait réduit à la condition d'un imbécille.

Il est vrai qu'un jugement du tribunal de première instance de Genève, du 21 mars 1811, en avait décidé autrement, et qu'en déclarant Joseph Bezelon interdit de plein droit par cela seul qu'il était sourd-muet, il avait ordonné qu'il lui serait nommé un tuteur et un curateur pour défendre à une demande en partage formée contre lui par sa sœur.

Mais ce jugement a été réformé par un arrêt de la cour d'appel de Lyon, du 14 janvier 1812, « attendu que Bezelon, d'après le tes-» tament de son père et celui de sa mère, » n'est point désigné comme incapable, quoi-» que Sourd-muet, de discernement; que tout, » jusqu'à ce jour, avait prouvé que, malgré » son malheur, il était doué d'une grande in-» telligence; qu'il savait calculer et mettait » beaucoup d'ordre dans sa conduite »

Cet arrêt a cependant nommé un conseil judiciaire à Bezelon, mais pourquoi? Parce qu'il l'avait demandé lui-même par les réponses qu'il avait faites à la cour en la chambre » du conseil, et expliquées par le sieur Robin, » son interprète, et que sa demande a été » trouvée fondée à raison de ce qu'il ne savait » ni lire ni écrire, quoique connaissant bien » la valeur des monnaies et leur différence, » même par comparaison des anciennes aux » nouvelles ».

V. ci-après, n° 4, les réflexions que je fais dans une note sur l'art. 936 du Code civil.

II. Par là, se résoud facilement la question de savoir si le Sourd-muet de naissance peut se marier.

Soefve, cent. 2, liv. 2, chap. 82, dit qu'il a été « jugé en l'audience de la chambre de » l'édit (du parlement de Paris), par arrêt » du 16 janvier 1658, qu'un Sourd-muet de » naissance avait pu valablement contracter » mariage, suivant la disposition du droit » canonique, chap. *Cùm apud sedem*, aux dé-» crétales, *de sponsalibus et matrimonio* ».

Il a même été jugé, de nos jours, par un arrêt de la même cour, du 26 *juin* 1776, que les Sourds-muets de naissance, lorsqu'ils sont majeurs, n'ont pas plus besoin, pour se marier, du consentement de leurs parens, que les personnes qui jouissent de la parole et de l'ouïe. Ecoutons la *Gazette des Tribunaux*, tome 2, page 85:

« La demoiselle Lemansois est née Sourde-muette; mais une éducation soignée a développé son intelligence; elle a montré, pendant le temps qu'elle est restée au couvent de la Providence à Angers, une conception qui s'est portée sur les matières les plus abstrai-

tes. Avec une fortune honnête, elle a pris du goût pour le sieur Choinière, son parent. Celui-ci, n'a vu que les vertus de la demoiselle Lemansois; et flatté des éloges que les religieuses faisaient sans cesse de leur élève, il a conçu le projet de l'épouser : ses visites sont devenues fréquentes. Le sieur Rincé, chargé de l'éducation de la demoiselle Lemansois, ayant été averti par les religieuses, de l'inclination réciproque de ces jeunes gens, approuva le but légitime qu'ils se proposaient, et déclara qu'il ne s'opposerait pas à ce qu'ils fussent unis l'un à l'autre.

» La demande de la demoiselle Lemansois fut faite par le père du sieur Choinière : le tuteur la reçut avec satisfaction.

» Cependant son approbation n'était qu'apparente. A peine les sieur Choinière, père et fils, furent-ils de retour à Brissac, où ils faisaient leur résidence, qu'ils reçurent une lettre du sieur Rincé, par laquelle il leur annonçait qu'il ne pouvait donner, quant à présent, son consentement au mariage; qu'il voulait auparavant consulter les docteurs de l'église, les jurisconsultes et les parens de sa pupille.

» Le sieur Rincé fut inflexible aux prières des deux époux futurs, et il ne restait à la demoiselle Lemansois d'autre parti à prendre que d'attendre sa majorité. En effet, étant parvenue à cette époque, n'ayant ni père ni mère, se trouvant dans la classe de tous les citoyens libres, elle se transporta chez son curé, accompagnée du sieur Choinière, du père et de la mère de celui ci, et le pria de publier les bans de son mariage.

» Le curé connaissait bien la demoiselle Lemansois : il lui avait même administré les sacremens de pénitence et d'eucharistie. Il comprit parfaitement les signes dont elle se servit pour manifester ses intentions : mais il répondit que, quelque juste que pût être sa demande, il ne pouvait se prêter à ce qu'elle exigeait, attendu qu'on l'avait prié de ne point procéder à cette publication.

» Le seul parti qui restait à la demoiselle Lemansois, était de se pourvoir contre le pasteur : mais le sieur Rincé fut le premier qui parut en justice. Il forma opposition à ce qu'aucun ban ne fût publié. Il fit plus : il signifia aux religieuses de la Providence d'Angers, des défenses de la laisser sortir, de lui permettre aucune communication avec qui que ce fût, et, en cas de résistance, de la renfermer dans une chambre grillée.

» La demoiselle Lemansois se pourvut en la sénéchaussée d'Angers, où elle fit assigner le sieur Rincé en main-levée de son opposition, et demanda qu'il fût passé outre à la publication de ses bancs. Une sentence du 9 mars 1776, avant faire droit, ordonna que les parens, tant paternels que maternels de la demoiselle Lamansois, seraient convoqués, à l'effet de donner leur avis et consentement sur le mariage.

» Sur l'appel de cette sentence, porté en la cour, la demoiselle Lemansois a soutenu qu'elle devait être infirmée.

» Elle a proposé différens moyens; sa majorité, le consentement qu'elle donnait d'une manière claire et expressive. Privée de ses père et mère, disait son défenseur, elle jouit de tous ses droits indistinctement, aucune espèce d'interdiction n'est prononcée contre elle; ainsi sa volonté est suffisante; elle peut disposer de sa main sans le consentement de parens collatéraux.

» On lui opposait ses infirmités; on soutenait qu'étant Sourde-muette de naissance, on ne pourrait connaître ses intentions, ses goûts et son choix; on la rangeait dans une classe particulière.

» Elle répondait qu'elle avait l'intelligence, qu'elle articulait quelques mots, qu'elle entendait le bruit qu'on faisait autour d'elle, et qu'elle était sensible au son des instrumens. Au surplus, on invoquait pour elle différens auteurs qui ont agité la matière, comme Pothier, dans son *Traité du contrat de mariage*, chap. 2, tit. 1; Feret, en son *Traité* de l'*abus*, liv. 5, chap. 3, etc.

» On s'appuyait encore de la décrétale d'Innocent III, où ce pontife s'exprime ainsi : *Si mutus et surdus velit alicui matrimonialiter copulari, non debet ei denegari;* enfin on invoquait l'opinion de *Bassæus*, en sa Théologie pratique; celle de Rousseaud de Lacombe, et plusieurs arrêts rendus sur la matière.

» Il paraît que le sieur Rincé, sans faire attention à l'espèce particulière, se renfermait dans les principes généraux relatifs aux Sourds-muets, qui sont interdits de droit et ne peuvent contracter sans l'assistance d'un curateur; il prétendait l'avis de parens nécessaire; il ne refusait point son consentement, ni le compte de sa gestion; mais il croyait, disait-il, pouvoir soutenir que la demoiselle Lemansois, appelée à une fortune considérable, ne pouvait se marier sans l'avis de collatéraux qui méritaient des égards par leur naissance et les avantages qu'ils étaient en état de lui faire.

» Le sieur Rincé ajoutait que la sentence ne faisait aucun tort aux parties, dont, si elles y avaient acquiescé, le mariage serait déjà consommé; qu'au surplus, la demoiselle Lemansois avait senti qu'elle ne pouvait pas

agir seule, puisqu'elle se faisait assister du sieur Gitton, son curateur *ad hoc;* enfin, il persistait à dire que, sous quelque point de vue que l'affaire fût considérée, il convenait de prendre l'avis des parens de la demoiselle Lemansois.

» Enfin, le 26 juin 1776, il est intervenu, sur les conclusions de M. l'avocat général Séguier, arrêt qui, en infirmant la sentence du présidial d'Angers, a ordonné qu'il serait passé outre à la publication des bans et à la célébration du mariage ».

Cette jurisprudence est implicitement confirmée par le silence que garde le Code civil, dans le titre *du Mariage*, sur les Sourds-muets de naissance; car ne pas les déclarer incapables de se marier, c'est évidemment leur en supposer la capacité.

Il y a plus : la commission qui avait été chargée de rédiger le projet du Code, y avait inséré un article portant que « les Sourds-» muets de naissance ne peuvent se marier, » qu'autant qu'il serait constaté, dans les for-» mes prescrites par la loi, qu'ils sont capables » de manifester leur volonté »; et la section de législation avait proposé cet article au conseil d'état, en y supprimant seulement les mots *dans les formes prescrites par la loi;* mais le conseil le rejeta en entier.

Et pourquoi le rejeta-t-il? Ecoutons le procès-verbal de la séance du conseil d'état, du 26 fructidor an 9:

« Le premier consul demande pourquoi le mariage serait interdit au Sourd-muet.

» M. Réal répond qu'il est admis à se marier, lorsqu'il est capable de donner un consentement.

» M. Defermon observe que la section exclud, par une disposition générale, le Sourd-muet de naissance, et ne l'admet que par exception, quoique tous les Sourds-muets sachent exprimer leur volonté.

» Le Premier Consul dit que le mariage étant un contrat, et tout contrat se formant par le consentement, on conçoit que celui qui ne peut exprimer son consentement, ne peut pas se marier; mais le Sourd-muet de naissance, en voyant son père et sa mère, a connu la société du mariage; il est toujours capable de manifester la volonté de vivre comme eux; et alors, pourquoi aggraver son malheur, en ajoutant des privations à celles que lui a imposées la nature?

» Le consul Cambacérès dit que, puisque l'article n'a pour objet que d'expliquer que les Sourds-muets ne peuvent se marier que lorsqu'ils peuvent consentir, sa disposition se confond avec celle de l'art. 4 (aujourd'hui 146). On peut donc se borner à ce dernier.

» M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angély dit que l'article est encore devenu plus inutile, depuis que l'on a découvert l'art de faire expliquer les Sourds-muets.

» Le Premier Consul demande pourquoi la privation de l'ouïe et de la parole serait un empêchement au mariage, plutôt que d'autres infirmités qui peuvent également y avoir rapport.

» M. Fourcroy dit qu'il y aurait plus de motif de déclarer incapables de mariage ceux qui sont atteints de maladies héréditaires ou de vices de conformation, à l'instar de quelques législateurs anciens qui défendaient le mariage aux infirmes, aux hommes contrefaits, de peur qu'il n'en provînt des enfans faibles, malades, à charge à eux-mêmes et à la société.

» M. Réal répond que la section a suivi la déclaration de 1736, qui parle des Sourds-muets de naissance.

» M. Bigot-Préameneu dit que l'article est inutile, s'il n'explique le mode suivant lequel le Sourd-muet pourra donner son consentement.

» M. Réal répond que la disposition qui règlera ce mode, pourra être placée parmi les dispositions qui déterminent la forme de la célébration des mariages.

» M. Portalis dit que la rédaction de l'article doit être renversée; qu'au lieu d'établir en principe général que les Sourds-muets ne pourront pas se marier, et de ne leur en donner la capacité que par voie d'exception, il conviendrait au contraire de poser la règle générale que les Sourds-muets sont capables de se marier, et de convertir ensuite en exceptions les incapacités particulières où ils peuvent se trouver. Au surplus, la jurisprudence n'a jamais éu de difficultés à lever que par rapport à la comparution des Sourds-muets en justice. Leur mariage n'a pas causé d'embarras. Ils sont entourés d'une famille et d'amis qui attestent le consentement qu'ils expriment par *leurs signes*.

» M. Réal dit qu'on ne pourra se dispenser de régler la manière dont ils devront exprimer leur consentement.

» M. Regnaud de Saint Jean-d'Angély observe que, depuis la découverte de l'art de faire expliquer les Sourds-muets, on suppose tellement la possibilité de les comprendre, qu'on ne leur nomme plus de curateurs, lorsqu'ils sont traduits en justice; mais seulement un interprète pour expliquer aux juges les

signes qui suppléent en eux à l'organe de la parole (1).

» M. Portalis blâme cet usage, parceque, dit-il, il importe de maintenir les formes instituées pour la sûreté des accusés. Mais il serait injuste de frapper les Sourds-muets d'interdiction dans les facultés que leur a laissées la nature : il vaudrait mieux que la loi gardât le silence sur leur mariage.

» M. Tronchet dit que la loi ne peut se dispenser de s'en expliquer. Les Sourds-muets ne pouvant être admis indistinctement à contracter, il est impossible de leur donner, pour le plus important des contrats, la capacité indéfinie qu'on ne peut leur laisser à l'égard des autres. Et même, si on suivait rigoureusement les principes, il faudrait, pour les y admettre, exiger la preuve qu'ils connaissent les suites que doit avoir, par rapport à la femme, aux enfans, à la Société, l'engagement qu'ils contractent, et qu'ils se soumettent à toutes les obligations. Les Sourds-muets *éduqués* ont sans doute ce degré d'intelligence; mais tous doivent manifester qu'ils sont instruits de la nature de l'engagement qu'ils contractent; car l'intérêt détermine plus souvent que le goût, à épouser un individu affecté d'une infirmité aussi gênante. On doit donc être en garde contre cet intérêt, et contre les séductions qu'il essaie pour extorquer un consentement dont les conséquences ne sont pas aperçues par celui qui le donne.

» Le premier Consul dit qu'il ne suffit pas d'être en garde contre l'intérêt que des étrangers peuvent avoir de séduire le Sourd-muet; qu'il convient également de ne pas perdre de vue l'intérêt que peut avoir sa famille à l'empêcher de se marier.

» M. Portalis dit que la loi n'a pas le pouvoir de changer la nature ni la destinée des hommes. Celle du Sourd-muet l'expose inévitablement, par rapport au mariage, à divers dangers dont la loi ne l'affranchira jamais. Elle doit donc se borner à le déclarer incapable de se marier, lorsqu'il ne peut manifester son consentement : si elle se rend plus difficile, elle met le Sourd-muet dans un état d'interdiction plus pénible même qu'un mariage hasardé.

» M. Rœderer dit qu'un Sourd-muet qui serait privé de sa famille, se trouverait trop heureux d'avoir une compagne : elle l'abandonnera toujours moins que des mercenaires.

» Le premier Consul dit que l'article pourrait se taire sur les Sourds-muets, puisqu'ils sont capables de se marier sous la condition commune à tous de donner leur consentement; qu'il pourrait se borner à dire comment ils exprimeront qu'ils consentent au mariage.

» Le consul Cambacérès propose de supprimer l'article. Les dispositions qu'il contient, ne sont que des conséquences naturelles de la règle générale qui exige, pour le mariage un consentement valable.

» L'article est retranché. Il sera remplacé par une disposition sur la manière dont les Sourds-muets de naissance exprimeront leur consentement. Cette disposition sera placée au chapitre relatif à la célébration des mariages ».

Pourquoi la disposition promise par ce résultat, ne se trouve-t-elle pas dans le Code civil C'est (dit M. Locré, *Esprit du Code civil*, tome 2, page 41), qu'elle n'a pas été rédigée, » et qu'on a laissé à l'arbitrage des tribunaux, » comme le voulait la section, le discernement » des circonstances et des signes qui peuvent » faire juger si le Sourd-muet a ou non consenti ».

III. Le Sourd-muet de naissance était déclaré par la loi 10, C. *qui testamenta facere possint*, incapable de tester, de faire des codicilles et des donations à cause de mort, de laisser des legs et des fideicommis : *Discretis Surdo et muto, quia non semper hujusmodi vitia sibi concurrunt, sancimus, si quis utroque morbo simul laboret, id est, ut neque audire neque loqui possit, et hoc in ipsâ naturâ habeat, neque testamentum facere, neque codicillos, neque fideicommissum relinquere, neque mortis causâ donationem celebrare concedatur, nec libertatem, sivè vindictâ, sive alio modo imponere : eidem legi tàm masculos quàm fœminas obedire imperantes.* C'était une suite nécessaire de l'état d'interdiction dans lequel le Sourd-muet de naissance était alors placé.

Mais, suivant la même loi, les personnes qui, nées avec les organes de l'ouïe et de la parole, les avaient perdus tous deux par accident, pouvaient tester par écrit, si elles savaient écrire : *Ubi autem et hujusmodi vitii non naturalis, sive masculo, sive fœminæ, accidit calamitas, sed morbus posteà superveniens et vocem abstulit et aures conclusit; si ponamus hujusmodi personam litteras scientem, omnia quæ priori interdiximus, hæc ei sud manu scribenti permittimus.*

On ne croyait pas alors, et long temps après on ne croyait pas davantage, qu'il fût possible qu'un Sourd-muet de naissance pût jamais apprendre à écrire. Graces à l'ingénieuse et admirable méthode qu'a inventée M. le célèbre abbé

(1) V. ci-après, n° 5.)

de l'Epée, et que M. Sicard a portée à une perfection si étonnante, on sait aujourd'hui le contraire; et dès-là cesse la raison qui, dans la loi romaine, faisait considérer le Sourd-muet de naissance, comme absolument incapable de tester; dès-là s'applique nécessairement au Sourd-muet de naissance, comme au Sourd-muet par accident, la disposition de cette loi qui permettait à celui-ci de tester, lorsqu'il savait écrire.

Aussi le Code civil, après avoir, art. 902, établi en principe général, que, « toutes » personnes peuvent disposer et recevoir, soit » par donation entre-vifs, soit par testament, » *excepté celles que la loi, en déclare incapables* », ne comprend-il le Sourd-muet de naissance dans aucune des exceptions qui limitent ce principe.

Et bien loin de là, l'art. 979 porte sans distinction, « qu'en cas que le testateur ne puisse » parler, mais qu'il puisse écrire, il pourra » faire un testament mystique; à la charge » que le testament sera entièrement écrit, daté » et signé de sa main, qu'il le présentera au no» taire, aux témoins, et qu'au haut de l'acte de » suscription, il écrira, en leur présence, que » le papier qu'il présente est son testament ».

Je dis que cet article dispose ainsi *sans distinction*; et en effet, il ne distingue, ni entre celui qui n'est que muet, et celui qui est à la fois muet et sourd, ni entre celui qui est Sourd-muet par accident et celui qui l'est de naissance; il les comprend donc tous dans sa disposition.

Mais, dit-on, comment l'individu qui est, non-seulement muet, mais encore sourd, pourrait-il profiter de la faculté qu'accorde l'art. 979 à celui qui *ne peut parler*, mais qui *peut écrire*, de faire un testament mystique en observant les formalités particulières qui y sont prescrites? Le notaire aurait beau lui donner lecture de l'acte de suscription qu'il en aurait dressé, il ne l'entendrait pas; et cependant il faut nécessairement que l'acte de suscription d'un testament mystique soit lu au testateur, de manière qu'il puisse l'entendre.

D'ailleurs, ajoute-t-on, quand on pourrait, d'après la généralité de l'art. 979, l'appliquer à celui qui serait à la fois muet et sourd, comme à celui qui n'est que muet, serait-ce une raison pour l'appliquer à celui qui serait à la fois muet et sourd de naissance? Remarquons bien qu'il n'est que la copie littérale de l'art. 12 de l'ordonnance de 1735. Or, peut-on supposer que l'ordonnance de 1735 ait abrogé la distinction que faisait le droit romain, par rapport à la faculté de tester, entre le sourd-muet de naissance et le sourd-muet par accident? Elle n'aurait pu l'abroger qu'en admettant la possibilité d'apprendre les sourds-muets de naissance à écrire; mais à l'époque où elle a été publiée, la méthode de l'abbé de l'Epée n'existait pas encore. Il faut donc nécessairement reconnaître que l'art. 12 de l'ordonnance de 1735 avait laissé subsister la distinction que faisait la loi romaine entre le Sourd-muet par accident et le Sourd-muet de naissance; mais, dès-lors, il faut bien reconnaître aussi que le Code civil l'a également maintenue, puisqu'il n'a fait que copier cet article.

Ces objections n'ébranlent nullement la doctrine qu'elles combattent.

La première suppose qu'un testament mystique ne peut être valable qu'autant que l'acte de suscription en est lu au testateur; et où cela est-il écrit? Sans doute la lecture est, pour le testament nuncupatif, une formalité essentielle, et dont l'omission emporte nullité; les art. 972 et 1001 l'ont ainsi voulu, parce qu'il faut bien que le testateur soit assuré par la lecture de ses dispositions, qu'elles ont été écrites par le notaire, telles qu'il les lui a dictées. Mais ni l'art. 976 qui règle la forme des testamens mystiques ordinaires, ni l'art. 979 qui règle la forme spéciale du testament mystique du muet, ne parlent de l'acte de suscription; et pourquoi n'en parlent-ils pas? Parce que l'auteur d'un testament de cette nature qui le présente à un notaire devant six témoins, a déjà rédigé ses dispositions; parce que, dès-lors, il les connaît nécessairement; parceque d'ailleurs il n'entre pas dans ses vues de les divulguer, et qu'il ne s'agit plus que de dresser un acte qui en constate la présentation. Il est vrai que cet acte est soumis aux formalités communes à tous les actes notariés, et que l'art. 13 de la loi du 25 ventôse an 11 place la lecture au nombre de ces formalités, mais sous quelle peine? Sous celle de nullité qui est écrite, par rapport aux testamens, dans l'art. 1001? Point du tout: *à peine* (porte-t-il) *de cent francs d'amende contre le notaire contrevenant.*

Ce n'est pas tout. Quand le défaut de lecture entendue par le testateur Sourd-muet, emporterait la nullité de l'acte de suscription, le testament serait-il nul pour cela? Oui, comme testament mystique; mais il n'en vaudrait pas moins comme testament olographe? *V.* l'article *Testament*, sect. 2, §. 4, art. 6.

La seconde objection n'est pas moins frivole.

En fait, pourquoi l'art. 12 de l'ordonnance de 1735 n'aurait-il pas pu abroger, par la généralité de sa disposition, et pour le cas où le Sourd-muet de naissance saurait écrire, l'in-

capacité dans laquelle la loi romaine plaçait tout sourd-muet de naissance de faire un testament ? La méthode de l'abbé de l'Epée n'existait sans doute pas encore à l'époque où a paru cette ordonnance; mais déjà Jean Wallis, savant mathématicien anglais, avait fait d'heureux essais pour mettre les Sourds-muets de naissance à portée d'exprimer leur pensée. Un moine espagnol, nommé Ponce, les avait perfectionnés; et le médecin suisse Amman, mort en 1724, les avait portés encore plus loin par deux ouvrages dont l'un avait été imprimé à Harlem, sous le titre de *surdus loquens*.

Aussi trouve-t-on dans le recueil de Catellan, liv. 2, chap. 48, un arrêt du parlement de Toulouse, du mois d'août 1679, qui juge que « le Sourd et muet de naissance peut faire » un testament, pourvu qu'il sache écrire, et » soit capable d'affaires par l'écriture ». On s'est fondé, dit l'arrétiste, sur ce que, dans le droit, il est à croire que Justinien n'a pas prévu un cas aussi extraordinaire que celui d'un Sourd et muet de naissance qui sait écrire, et que, dans le fait, l'auteur du testament dont il s'agissait, avait donné, pendant sa vie, une foule de preuves de son habileté à traiter des affaires par écrit.

Il est vrai que, malgré ces considérations, l'arrêt n'avait passé qu'avec beaucoup de difficulté; mais cela même prouve que c'est en pleine connaissance de cause que l'illustre rédacteur de l'ordonnance de 1735, qui ne peut pas être supposé l'avoir ignoré, n'a pas restreint l'art. 12 de cette loi aux Sourds-muets par accident.

Il est vrai encore que Védel, dans ses observations sur Catellan, critique cet arrêt. Mais quelles sont ses raisons ?

« Il n'est pas nouveau (dit-il d'abord), au » temps de Justinien, que des Sourds et muets » de naissance pouvaient être capables de » commerce et d'affaires, ayant appris à écri- » re, ce que l'expérience avait sans doute fait » connaître dans ce siècle, *comme dans ces* » *derniers temps*. La loi doit donc être ap- » pliquée indistinctement aux Sourds et muets » *à natura* ».

Mais où cet auteur a-t-il pris que l'art d'apprendre les Sourds-muets de naissance à écrire, fût déjà connu du temps de Justinien ? Nulle part. Ricard, qui en savait là-dessus bien autant que lui, s'exprimait tout différemment dans son *Traité des donations* publié avant que fussent connus en France les procédés inventés par Wallis, Ponce et Amman, avant même qu'eût paru le recueil d'arrêts de Catellan : « quoique la nature (disait-il, » part. 1, n° 131) ait fait paraître des prodiges » dans des particuliers qui avaient apporté » cette double disgrace en naissant, de les » rendre excellens dans la peinture ou quel- » qu'autre art difficile à concevoir, néanmoins » *on n'en a point vu jusqu'à présent, qui* » *aient pu se rendre capables de témoigner* » *leurs sentimens par écrit* ; parce que, pour » y parvenir, il serait nécessaire d'avoir des » notions qui supposent la science de la lan- » gue, et qui ne peuvent se communiquer que » par les discours et par l'ouie »; et dès-là, tombe de lui-même le prétexte sur lequel se fonde Védel pour dire que la loi de Justinien s'applique même au Sourd-muet de naissance qui sait écrire.

Védel ajoute que l'on ne doit pas argumenter de la capacité de traiter des affaires, à celle de tester; et il emploie, pour le prouver, le principe de M. d'Aguesseau rappelé à l'article *Testament*, sect. 1, §. 1, n° 3.

Mais j'ai prouvé dans les conclusions du 19 décembre 1814, rapportées au même endroit, que ce prétendu principe, échappé à M. d'Aguesseau dans sa jeunesse (1), n'est rien moins qu'exact.

En droit, quand on admettrait que l'art. 12 de l'ordonnance de 1735 n'avait été rédigé d'une manière aussi générale et aussi évidemment exclusive de toute distinction entre le Sourd-muet de naissance et le Sourd-muet par accident, que dans la supposition qu'il n'était pas possible que le premier apprît jamais à écrire, il est du moins très-certain que ce n'est pas dans la même supposition, que c'est, au contraire, avec la parfaite connaissance, non-seulement de la possibilité, mais encore de la facilité d'apprendre les Sourds-muets de naissance à exprimer leurs pensées par écrit, que cet article a été copié littéralement de nos jours dans le Code civil; et assurément le Code civil a dû, en le copiant, y attacher toute la latitude du sens que comportent aujourd'hui les termes dans lesquels il est conçu.

C'est ainsi au surplus que la question a été jugée dans la seule affaire où il paraît qu'elle se soit élevée depuis la publication du code civil.

Michel Hirn, Sourd-muet de naissance, avait présenté, le 9 décembre 1808, à un notaire, en présence de six témoins, dans la forme prescrite par l'art. 979, un testament écrit, daté et signé de sa main; et un acte de

(1) C'était en 1696 que M. D'Aguesseau le professait à l'audience du parlement de Paris; et il était né en 1668.

suscription en avait été dressé dans la forme déterminée par le même article.

Après la mort du testateur, procès entre Ursule Hirn, sa sœur, épouse de Pierre Schoeffer, qui demande la nullité du testament, et Jacques Schoeffer, légataire universel, qui en soutient la validité.

« Suivant le droit romain (disait-on pour la demanderesse), le Sourd-muet de naissance ne pouvait faire ni testament ni aucune disposition à cause de mort.

» C'est ce qui résulte formellement de la loi 10, C. *qui testamenta facere possint....*,

» Point de distinction dans cette loi entre le Sourd-muet qui sait lire et écrire, et celui qui n'a pu recevoir ce degré d'instruction. Dès-lors que l'infirmité a été apportée en naissant, l'incapacité existe, quels que soient les efforts qui ont été faits pour réparer les torts de la nature.

» Si cette sage disposition n'a plus aujourd'hui force de loi, elle conserve du moins toute l'autorité de la raison écrite; car il n'y a rien dans le Code civil d'où l'on puisse induire qu'il y a été dérogé.

» On ne trouve dans le Code qu'un seul article où il soit parlé du Sourd-muet: c'est l'art. 936, qui lui permet, s'il sait écrire, d'accepter lui-même, ou par fondé de pouvoir, la donation faite à son profit.

» Il est bien évident qu'on ne peut tirer de là aucune conséquence relativement à la capacité de tester. De ce que la loi accorde au Sourd-muet qui sait lire et écrire, la faculté de rendre sa condition meilleure en acceptant une donation, il n'y a pas moyen de conclure qu'elle l'ait considéré comme capable de faire lui-même des libéralités.

» On n'invoquerait pas avec plus de succès l'art. 979, qui prévoit le cas où un testateur ne peut parler, mais peut écrire, et lui donne alors le droit de tester dans la forme mystique, pourvu que ses dispositions soient écrites de sa main, et qu'en les présentant au notaire et aux témoins, il écrive, en leur présence, que le papier qu'il leur remet, est son testament.

» On pourrait dire d'abord que le principal objet de cette disposition est de réserver un moyen de tester aux personnes accidentellement privées de la parole; ce qui était d'autant plus nécessaire, que la plupart des hommes attendent, pour exprimer leurs dernières volontés, qu'ils soient atteints d'une maladie grave.

» Mais en admettant que l'art. 979 s'applique au muet de naissance, il est impossible de l'étendre à celui auquel la nature a en même temps refusé l'organe de l'ouie. Il y a, entre ces deux individus, une telle différence, relativement aux moyens de développer leurs facultés intellectuelles, qu'on ne peut établir, de l'un à l'autre, aucune espèce de rapprochement; aussi la même loi romaine, qui déclarait le Sourd-muet de naissance absolument incapable de tester dans une forme quelconque, permettait-elle à celui qui était seulement muet, de faire un testament par écrit....

» Il n'y a donc dans l'art. 979 rien de contraire à la disposition du droit romain que nous avons invoquée;

» Enfin, l'on ne peut induire une dérogation tacite de ce que le code, en désignant, dans les art. 902 et suivans, les personnes incapables de disposer par acte entre-vifs ou par testament, n'a point compris dans ce nombre le Sourd-muet de naissance.

» Il est des incapacités qui résultent tellement de la nature des choses, que la loi n'a pas eu besoin de les établir par une disposition formelle; ce sont celles qui consistent dans une impossibilité physique, de la part du testateur, de manifester sa volonté et de remplir les formalités prescrites par la loi.

» On ne trouve dans le Code aucune disposition spéciale par laquelle le Sourd-muet qui ne sait pas écrire, soit expressément déclaré incapable de tester, et l'on ne niera point cependant qu'il ne soit réellement privé de cette faculté. Quel moyen aurait-il en effet de l'exercer ?

» Il ne pourrait faire, ni un testament par acte public, ni un testament mystique ordinaire, puisqu'il faudrait pour cela qu'il pût parler. Il ne pourrait tester, ni dans la forme olographe, ni dans la forme mystique prescrite par l'art. 979, puisqu'il faut, dans ces deux cas, que les dispositions soient écrites de la main du testateur.

» Cette incapacité est commune au sourd qui ne sait ni lire ni écrire; car il paraît d'abord qu'ayant la faculté de parler, il peut faire un testament nuncapatif; mais on voit bien ensuite que cette forme même lui est interdite, parceque l'une des formalités essentielles, la lecture de l'acte au testateur, ne pourrait avoir lieu, ou du moins ne remplirait pas le vœu de la loi. *On ne peut supposer raisonnablement*, dit M. Grenier, *quelqu'effet dans une lecture faite à un sourd.*

» La même raison s'oppose à ce qu'un individu privé de l'ouie, fasse un testament mystique, puisqu'il faut également que l'acte de suscription soit lu au testateur.

» Ainsi, le testament mystique d'un sourd-muet est nul, sous un double rapport: au fond, parceque l'imperfection présumée des facultés

morales du testateur, le fait considérer comme généralement incapable de disposer de ses biens; en la forme, parcequ'il est impossible que toutes les formalités prescrites pour ce mode particulier de disposition, aient été observées ».

Ces raisonnemens n'étaient que des sophismes. Aussi ont-ils été rejetés par arrêt de la cour royale de Colmar, du 17 janvier 1815,

« Attendu que la faculté de tester est dévolue à l'homme qui est sain d'esprit, et que toute personne peut disposer par testament, lorsque la loi ne l'en déclare pas incapable;

» Qu'aucune disposition du Code n'a privé un Sourd-muet, même de naissance, de la faculté de faire un testament, lorsque d'ailleurs il jouit de la raison, de l'intelligence et du discernement nécessaires; que les défenses établies par la loi, sont générales, et désignent nommément les individus qu'elle frappe d'incapacité;

» Que la constitution organique de l'homme est telle que les facultés intellectuelles qui sont départies par la nature, ne reçoivent que par l'éducation le développement dont elles sont susceptibles; que, si ce développement devient et plus pénible et plus difficile vis-à-vis des personnes avec lesquelles on ne peut communiquer que par signes, il est d'une étroite justice de les faire jouir de leurs droits civils, lorsque cette difficulté a été vaincue; et que la raison a succédé à l'imbécillité;

» Que la loi romaine n'a interdit aux Sourds et muets de naissance la faculté de disposer, que parcequ'abandonnés à eux-mêmes et restés dans une espèce d'abrutissement, le législateur ne les croyait pas alors capables de manifester leur volonté; mais que ce motif disparaît aujourd'hui, lorsque, par une institution bienfaisante ou par des soins particuliers qui honorent l'humanité, on est parvenu à développer, dans de pareils êtres, leurs facultés intellectuelles, et à leur faire exprimer leur volonté, soit par des signes, soit par l'écriture(1) ».

Mais voici une autre question. Si les héritiers *ab intestat* d'un sourd muet de naissance viennent alléguer qu'il ne lisait et n'écrivait que machinalement, et sans comprendre le sens attaché aux caractères qu'il lisait ou traçait; qu'ainsi, il n'a pu écrire le testament présenté comme l'expression de sa volonté personnelle, que sur un modèle dressé par une main étrangère; et qu'en copiant ce modèle, il n'a pas pu savoir ce qu'il faisait: est-ce sur eux que doit tomber la preuve de ces allégations, ou bien est-ce à l'héritier institué à les détruire par la preuve directe que le testateur comprenait parfaitement ce qu'il lisait et écrivait?

Deux arrêts ont jugé cette question contre l'héritier institué.

Le premier est celui de la cour royale de Colmar que je viens de rappeler.

A leur demande en nullité du testament de Michel Hirn, fondée sur le seul fait qu'il était né Sourd-muet, Ursule Hirn et Pierre Schoeffer, son mari, ajoutaient des conclusions subsidiaires tendant à ce que l'héritier institué fût tenu de prouver que le testateur avait écrit les dispositions de son testament en parfaite connaissance de cause; et ils articulaient, avec offre de justifier en forme de preuve contraire, « que souvent le défunt avait donné des marques d'imbécillité et de fureur; qu'il était » incapable de *lire* et d'*écrire* de son propre » mouvement et dans la véritable acception » de ces mots; qu'il savait seulement copier » sur exemplaire; que c'était aussi à vue d'un » formulaire qu'il avait écrit, par copie, en » tête de l'acte de suscription du prétendu testament, ces mots : *ce paquet contient mon testament* ».

L'héritier institué répondait à ces conclusions qu'il n'avait rien à prouver, parceque le testament constatait par lui-même que Michel Hirn savait écrire, et par conséquent était capable de tester dans la forme réglée par l'art. 979 du Code civil. Cependant il offrait surabondamment de prouver 1° que le testateur jouissait de toutes ses facultés intellectuelles, et les avait conservées jusqu'à sa mort; 2° qu'il dirigeait et soignait les affaires de sa sœur et de son beau-frère; qu'il faisait fréquemment pour eux des voyages par eau à Strasbourg; qu'il y conduisait leurs marchandises et leurs denrées avec un grand bateau; 3° qu'il avait, à plusieurs reprises, prêté de l'argent à intérêt, pour son propre compte; 4° qu'il écrivait et rédigeait couramment la langue allemande; 5° qu'il était instruit des lois du culte qu'il professait; 6° qu'il exerçait le métier de barbier; 7° que, pendant sa dernière maladie, sa sœur et son beau-frère avaient voulu l'engager à faire un testament en leur faveur, et lui avaient même amené à cet effet un notaire; mais qu'il s'y était refusé, en prétextant qu'il ne voyait plus assez clair pour tracer par écrit un testament.

Le premier juge, en accueillant les conclusions subsidiaires d'Ursule Hirn et de son mari,

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1815, Supplément, page 73.

avait décidé tout à la fois, et que c'était par l'héritier institué qu'il devait être prouvé que le testateur comprenait parfaitement ce qu'il lisait et écrivait, et que cette preuve serait atteinte par celle des faits articulés par l'héritier institué.

Mais sur l'appel, la cour royale de Colmar, tout en réformant le jugement de première instance sur le second point, l'a confirmé sur le premier :

« Considérant (a-t-elle dit) qu'en faisant jouir les Sourds-muets de la même faculté et des droits que la loi accorde aux personnes capables de contracter, ce privilège ne peut être que d'exception ; et que, pour en faire une juste application en leur faveur, il faut au moins qu'ils sachent lire, écrire et transmettre leur volonté, dans *l'acception véritable de ces mots* ;

» Que le sens du mot *lire* s'étend, non seulement à l'action de parcourir des yeux ce qui est écrit, mais encore à le parcourir avec connaissance de la valeur des lettres, soit qu'on profère, soit qu'on ne profère pas les mots ;

» Que, si la valeur du mot *écrire* est restreinte à tracer, former ou figurer des lettres ou caractères, il faut l'étendre nécessairement, lorsqu'il s'agit de la manifestation d'une volonté qui ne peut se transmettre verbalement, à la rédaction même de cette volonté, dont le sens est de mettre par écrit et réduire en ordre des décisions ou des résolutions que vous avez prises ;

» Considérant que, pour concevoir la faculté de tester, il faut nécessairement se rattacher à l'idée de la parfaite intelligence de ce que veut faire le testateur, c'est-à-dire, qu'il sache ce que c'est que la propriété d'une chose ; qu'il connaisse l'étendue du droit d'en disposer, la valeur de ce dont il dispose ; qu'il puisse se rendre raison de sa résolution ; enfin, qu'il ait une idée nette et saine de ce qu'il veut entreprendre, ou bien que son esprit se forme une notion de la chose qu'il veut exécuter ;

» Considérant que, pour obtenir la preuve de cette intelligence d'un Sourd-muet, il faut nécessairement recourir au témoignage des personnes qui ont eu des communications habituelles ou de fréquens rapports avec lui, ou bien qui ont vécu dans sa société ; mais que ce genre de preuve ne doit porter que sur des faits qui peuvent donner une entière conviction de sa capacité, et non sur des actions qui ne sont que le fruit de l'habitude et d'une imitation machinale ;

» Considérant qu'au cas particulier, il est articulé et posé en fait, entr'autres et d'une part, que Jean-Michel Hirn dirigeait et soignait les affaires et les biens des conjoints Schoeffer ; qu'il faisait pour eux des voyages à Strasbourg, y conduisant leur bateau chargé de denrées : qu'il prêtait de l'argent et faisait le métier de barbier ; que ces faits sont indifférens dans la cause, et que, lors même que la preuve en serait administrée, il n'en résulterait autre chose, si ce n'est que Michel Hirn avait contracté l'habitude d'imiter et de faire ce qu'il voyait exécuter habituellement ;

» Considérant que, d'autre part, les conjoints Schoeffer offrent de prouver que Michel Hirn était incapable de lire et d'écrire de son propre mouvement, que seulement il savait copier sur un exemplaire, et que la suscription du testament attaqué a été faite par lui sur un modèle qui lui a été mis sous les yeux ;

» Considérant qu'aux termes de l'art. 254 du Code de procédure civile, les tribunaux peuvent ordonner d'office la preuve des faits qui leur paraissent concluans, lorsque d'ailleurs la loi ne la défend pas ; que, dans l'espèce particulière, il convient de préciser et de poser d'office les faits dont la preuve pourra, en définitive, convaincre la justice sur le degré de capacité et d'intelligence de Michel Hirn ;

» La cour a mis et met l'appellation et ce dont est appel, au néant ; émendant, avant faire droit aux parties, a ordonné d'office que, dans le mois...., l'intimé fera preuve que Michel Hirn jouissait de ses facultés intellectuelles, et qu'il en a joui jusqu'à son décès ; qu'il savait lire et écrire, rédiger avec intelligence, dans *l'acception valable* de ces mots ; qu'il écrivait sans avoir besoin d'aucun formulaire ; sauf la preuve du contraire ; et notamment que Michel Hirn a écrit la suscription de son testament à vue d'un modèle qu'on lui a mis sous les yeux ; pour ladite preuve et contre-enquête faites, être statué ce qu'il appartiendra.... ».

Le second arrêt a été rendu par la cour supérieure de justice de Bruxelles, le 19 décembre 1822, au sujet du testament olographe de Constance Deurwaerdere, Sourde-muette de naissance.

Les héritiers *ab intestat* convenaient que la défunte avait su lire et écrire ; mais ils soutenaient qu'elle n'avait jamais compris, ni ce qu'elle lisait, ni ce qu'elle écrivait ; et la question était de savoir sur qui d'eux ou des héritiers institués, devait tomber la preuve que cette allégation rendait préalablement nécessaire.

Par l'arrêt dont il s'agit,

» Attendu que, pour qu'un Sourd-muet de

naissance, sain d'esprit, puisse faire un testament olographe, il est essentiel, ou bien qu'il sache écrire mentalement sa volonté, c'est-à-dire, sans copier de modèle, ou au moins, qu'il sache lire et comprendre l'écriture d'autrui qui lui sert de modèle pour en faire le corps d'écriture qui doit contenir sa volonté; vu que, sans l'une ou l'autre de ces facultés dans le testateur, l'acte qu'on présente comme son testament olographe, quoiqu'écrit, daté et signé de sa main, ne pourrait fournir la preuve de sa dernière volonté;

» Attendu que, dans l'espèce, les intimés qui fondent leur action sur un testament olographe qu'aurait fait la demoiselle Constance Deurwaerdere, ne produisent aucun corps d'écriture que la testatrice aurait formé mentalement en présence de quelques témoins, et qu'il n'est pas prouvé au procès qu'elle savait lire et comprendre le corps d'écriture qui lui aurait servi d'un modèle de testament olographe qu'elle aurait copié;

» Par ces motifs, la cour, le premier avocat général entendu et de son avis, tous droits des parties saufs, ordonne aux intimés de prouver par tous moyens légaux, que la demoiselle Constance Deurwaerdere, dont le prétendu testament olographe est produit au procès, a été, à l'époque de sa confection, en état de former mentalement un corps d'écriture, ou au moins qu'elle savait lire et comprendre les écritures d'autrui, en les copiant; l'appelant entier en la preuve contraire (1) ».

Ces deux arrêts sont-ils bien conformes aux principes? Il est, je crois, très-permis d'en douter.

Que faut-il pour qu'une personne non-déclarée par une loi spéciale, incapable de disposer de ses biens, puisse faire un testament?

Il faut d'abord, d'après l'art 901 du code civil, qu'elle soit *saine d'esprit*.

Il faut ensuite, ajoutent les art. 976 et 978, s'il s'agit de tester dans la forme olographe ou mystique, qu'elle sache lire et écrire.

Or, d'une part, le sourd-muet de naissance est certainement présumé *sain d'esprit* jusqu'à la preuve du contraire, puisqu'il n'est pas interdit de plein droit, puisqu'on ne peut même lui nommer un conseil provisoire, que lorsqu'il est constaté que ses facultés intellectuelles ne sont pas assez développées pour qu'il soit, dans la gestion de ses affaires, à l'abri de toute surprise.

D'un autre côté, le testament olographe ou mystique que laisse, à sa mort, un sourd-muet de naissance, prouve incontestablement par lui-même que le testateur savait lire et écrire. Comment exiger de plus la preuve que le testateur comprenait ce qu'il lisait et écrivait? Il n'y a que les imbécilles qui ne comprennent pas ce qu'ils lisent et écrivent; et encore une fois, le sourd muet de naissance n'est pas présumé imbécille, puisqu'on ne peut, lors même qu'il ne sait lire ni écrire, lui nommer un tuteur que sur la preuve positive de son imbécillité complette.

Pourrait-on nommer un conseil judiciaire à un sourd muet de naissance sachant lire et écrire, sans qu'il fût clairement prouvé qu'il est hors d'état de gérer ses propres affaires sans l'avis d'un surveillant? Non, évidemment non. Et cependant si, de fait, on lui en nommait un, il ne serait pas pour cela incapable de tester dans la forme olographe ou mystique; car il est bien constant que la dation d'un conseil judiciaire n'emporte pas l'incapacité de disposer par testament (1).

Et l'on voudrait que le sourd-muet de naissance qui, sachant lire et écrire, a toujours vécu en possession de l'état d'homme jouissant du plein exercice de ses facultés intellectuelles, fût, après sa mort, présumé, jusqu'à la preuve du contraire, n'avoir pas compris ce qu'il lisait et écrivait! C'est, j'ose le dire, un paradoxe insoutenable et qu'achevera de réfuter la note qui se trouve au n°. suivant, sur l'art. 936 du Code civil.

IV. Le Sourd-muet peut-il donner entre-vifs? Peut-il accepter une donation de cette nature?

De ces deux questions, le Code civil ne décide que la seconde: « Le Sourd-muet qui saura écrire (porte-t-il, art. 936), pourra » accepter lui-même ou par un fondé de pou» voir; s'il ne sait pas écrire, l'acceptation » doit être faite par un curateur nommé à cet « effet, suivant les règles établies au titre *de* » *la minorité, de la tutelle et de l'émancipa*» *tion* ».

Quelle force n'ajoute pas à ce que j'ai dit au n° précédent, la distinction que fait cet article entre le Sourd-muet qui sait écrire, et le Sourd-muet qui ne le sait pas?

Si le Sourd-muet sait écrire, il peut accepter par lui-même ou par un fondé de pouvoir. Donc, par cela seul qu'il sait écrire, la loi présume qu'il comprend ce qu'il écrit.

S'il ne sait pas écrire, qui est-ce qui ac-

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1822, tome 2, page 329.

(1) V. l'article *Testament*, sect. 1, §, 1, art. 1, n° 3.

cepte pour lui? Est-ce un tuteur? Non, parce qu'un majeur ne peut être constitué en tutelle que par un jugement d'interdiction, et qu'il n'y a pas lieu d'interdire un Sourd-muet sur le seul fondement qu'il ne sait pas écrire. Est-ce le conseil judiciaire qu'on a pu lui nommer, ainsi qu'on l'a vu plus haut, n° 1? Non, parcequ'un conseil judiciaire peut bien autoriser, par son avis, l'individu placé sous sa surveillance, à contracter, mais non pas contracter pour lui. C'est donc par le ministère d'un *curateur*, que le Sourd-muet, qui ne sait pas écrire, doit accepter la donation; et ce curateur lui est nommé *ad hoc* par un conseil de famille. Donc, ce n'est que passagèrement qu'il a besoin même d'un simple curateur. Donc il n'en a pas besoin pour les actes ordinaires de la vie. Donc la loi ne le répute pas imbécille, par cela seul qu'il ne sait pas écrire.

Mais que dire sur la première question?

Il paraît d'abord incontestable que le Sourd-muet qui ne sait pas écrire, ne peut pas faire de donation entre-vifs. Le Code civil, en le déclarant incapable de figurer personnellement dans une donation comme donataire, est censé, à bien plus forte raison, le déclarer incapable d'y figurer comme donateur; et il est sensible qu'on ne peut pas lui nommer un curateur à l'effet de donner, comme on peut lui en donner un à l'effet de recevoir.

Quand au Sourd-muet qui sait écrire, aucune loi ne le déclare, soit expressément, soit implicitement, incapable de donner. Il en a donc la capacité. Cette conséquence est, en quelque sorte, écrite littéralement dans l'art. 902 du Code civil. Rien ne l'empêche en effet de manifester sa volonté devant le notaire et les témoins qu'il appelle pour faire une donation entre-vifs. Il peut écrire devant eux ses intentions; et pourquoi le notaire qui ensuite les rédigerait en forme d'acte public et les lui ferait relire, ne mériterait-il pas autant de foi, que s'il attestait qu'un donateur sachant parler, a prononcé ses dispositions devant lui et les témoins qui l'accompagnent?]]

V. Lorsqu'un accusé est Sourd ou muet, le juge doit lui nommer d'office un curateur qui sache lire et écrire. C'est ce que prescrit l'art. 1er du tit 17 de l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670.

Il faut, suivant l'art. 2, que ce curateur prête serment de bien et fidèlement défendre l'accusé; de quoi il doit être fait mention, à peine de nullité.

L'art. 3 autorise le curateur à s'entretenir secrètement avec l'accusé, soit par signes, soit autrement.

Lorsque le Sourd ou muet sait écrire, il peut écrire et signer toutes ses réponses, dires et reproches contre les témoins; ce qui n'empêche pas que le curateur ne doive encore les signer. Telles sont les dispositions de l'art. 4.

Si le Sourd ou muet ne sait ou ne veut écrire ni signer, le curateur doit répondre en sa présence, fournir des reproches contre les témoins, et être admis à faire tout ce que pourrait faire l'accusé. Les formalités à observer à l'égard du curateur, sont les mêmes que celles qui ont lieu à l'égard d'un accusé, excepté que, lors du dernier interrogatoire, le curateur doit être debout et nu-tête en présence des juges, et non sur la selette, quand même les conclusions tendraient à peine afflictive. C'est ce qui résulte de l'art. 5.

Il faut, suivant l'art. 6, que tous les actes de la procédure fassent mention de l'assistance du curateur de l'accusé Sourd ou muet, à peine de nullité et des dépens, dommages et intérêts des parties contre le juges; mais le dispositif du jugement définitif ne doit faire mention que de l'accusé. (M. Guyot.) *

[[De toutes ces dispositions, il ne s'en retrouve pas une seule dans la loi du 16-29 septembre 1791 sur la procédure par jurés, ni dans le Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4.

De là, la question de savoir comment on devait procéder, sous l'empire de ces lois, soit à l'égard des accusés, soit à l'égard des témoins, qui étaient privés de l'ouïe et de la parole, ou seulement de l'un de ces organes.

Il y avait dans la loi, en forme d'instruction, du 29 septembre-6 octobre 1791, une observation qui pouvait aider à résoudre cette question : « L'assemblée nationale (y était-il dit) » convaincue de ce principe, que la présomption est toute entière en faveur de l'innocence, a pensé que la société doit se charger » de faire la preuve contre l'individu qu'elle » accuse : en conséquence, elle s'est bien gardée d'établir rien de semblable à la procédure contre le muet volontaire, qui avait » lieu suivant les anciennes formes. Quant aux » muets naturels, l'assistance de leurs amis et » conseils levera toutes les difficultés à leur » égard. Cette assistance aura lieu pour eux » dans toutes les parties de la procédure. La » loi n'a pas de disposition sur ce sujet, parce » qu'elle laisse à la prudence et à la conscience » des juges, l'emploi de tous les moyens propres à mettre la vérité dans son plus grand » jour ».

Il paraît, d'après cela, qu'on pouvait appliquer, par analogie, aux Sourds-muets, l'art. 368 du Code du 3 brumaire an 4, lequel, en

renouvelant une disposition de la loi du 29 septembre-6 octobre 1791, portait que, « dans le cas où l'accusé, les témoins ou l'un » d'eux ne parleraient pas la même langue ou » le même idiome, le président du tribunal » criminel nommerait d'office un interprète, » âgé de 25 ans au moins, et lui ferait promet- » tre de traduire fidèlement et suivant sa cons- » cience, les discours à transmettre entre ceux » qui parleraient des langues différentes ».

J'ai demandé à feu M. Seignette, magistrat distingué de la cour de cassation, et qui tenait habituellement note des arrêts auxquels il prenait part, s'il n'était pas à sa connaissance qu'il se fût élevé là-dessus quelque difficulté dans les procès criminels instruits suivant la nouvelle forme. Voici ce qu'il m'a répondu le 16 juillet 1807 : « Je me souviens parfaitement » qu'un Sourd-muet de naissance a été admis » comme témoin dans un débat. Il n'était point » élève de l'abbé Sicard : un maître serrurier, » chez lequel il travaillait depuis sa première » jeunesse, et lui, s'étaient fait un langage. » Le maître fut admis comme interprète ; les » formalités furent observées. Le condamné » critiqua l'admission de ce témoin, et voulut » s'en faire un moyen de cassation ; le moyen » fut rejeté. Ma mémoire seule me fournit cela, » et ne me fournit que cela. Malheureusement » je n'ai pas noté ce point ».

L'art. 333 du Code d'instruction criminelle de 1808 prévoit ce cas, et le décide dans le même sens que l'usage avait suppléé au silence de la loi du 16-29 septembre 1791 et du Code du 3 brumaire an 4.]]

[[SOUS-LOCATION. C'est l'action de donner à bail ce qu'on tient soi-même à pareil titre.

I. Y a-t-il de la différence entre la clause d'un bail qui interdit au preneur la faculté de céder le bail même, et celle qui lui interdit la faculté de sous-louer ? Y en a-t-il quelqu'une entre la clause qui interdit au preneur la faculté de sous-louer, et celle qui lui interdit la faculté de céder le bail en tout ou en partie ?

Dans le langage de la loi, *céder un bail* est quelque chose de plus que *sous-louer*. C'est ce que l'art. 1717 du Code civil fait clairement entendre, lorsqu'il dit : « le preneur a le droit » de sous-louer, et *même* de céder son bail à » un autre, si cette faculté ne lui a pas été in- » terdite » : car l'expression *même* est *ampliative* de sa nature.

L'action de sous-louer est donc à l'action de céder le bail, comme le moins est au plus

Mais en quoi diffèrent-elles dans le sens de la loi ? C'est ce qu'il ne paraît pas facile, au premier abord, de déterminer.

Que fait celui qui sous-loue ? Il subroge le sous-locataire au droit qu'il tient du bailleur ; il lui cède par conséquent ce droit. Dès-lors, où trouver de la différence entre la cession du droit résultant du bail, et la sous-location ? Dès-lors, comment l'art. 1717 peut-il distinguer ces deux actes l'un de l'autre ?

Il les distingue cependant, et par conséquent il faut bien que ces deux actes ne soient pas homogènes.

Mais, encore une fois, en quoi diffèrent-ils, et que veut dire, en les distinguant, l'art. 1717 du Code civil ?

Pour résoudre cette question, remontons à l'ancienne jurisprudence.

Bourjon, dans son *Droit commun de la France, et de la coutume de Paris*, tome 2, page 42, édition de 1770, s'exprime ainsi : « Le bail cesse d'être cessible, s'il contient la clause qu'il ne pourra être cédé sans le consentement du bailleur.....

» Nonobstant cette clause, le locataire qui s'y est soumis, peut sous-louer une portion des lieux ; *sous-location n'est pas cession de bail* ; la sous-location est donc permise nonobstant une telle clause. Mais, pour cela, il faut qu'il ait conservé une portion des lieux à lui loués, et qu'il l'habite en personne. Sans cela, ce serait une dérision de sa part qu'on rejeterait.

» Tel est l'usage du châtelet ; il me paraît aussi judicieux que juridique ».

Ainsi, avant le Code civil, la défense de céder le bail n'emportait pas la défense de sous-louer une partie de la maison prise à loyer ; mais elle emportait celle d'en sous-louer la totalité.

Ainsi, la sous-location de la totalité était réputée une cession du bail.

Et pourquoi ne donnait-on pas le même caractère à la sous-location d'une partie ? On ne pouvait pas nier que la sous-location d'une partie n'équivalût à une cession du bail pour la partie sous-louée ; mais on considérait que la clause prohibitive ne portant que sur la cession du bail, elle ne pouvait être censée enfreinte que par la cession du bail entier ; et qu'il n'y avait pas infraction à cette clause, là où il n'y avait cession que d'une partie du bail.

C'est ainsi que l'a jugé l'arrêt du 17 mars 1758 rapporté au mot *Bail*, §. 9, n° 6. Le sieur de Villers, en prenant à loyer l'hôtel de la Vallière, s'était *soumis à ne pas sous-louer cet hôtel* et à ne *céder son bail* que du consentement exprès et par écrit du bailleur. Cependant il avait sous-loué une grande partie de

l'hôtel, et, sur ce fondement, il fut actionné en résiliation. L'arrêt cité le déchargea, parce qu'il lui était bien défendu de *sous-louer cet hôtel*, mais non pas d'en sous-louer une partie; parce qu'il lui était bien défendu de céder son bail entier, mais non pas d'en céder une portion.

Il est donc clair que, sous l'ancienne jurisprudence, la sous-location ne différait de la cession du bail pure et simple, que comme la partie diffère du tout; et que la sous-location, lorsqu'elle embrassait la totalité de la maison louée, ne différait en rien de la cession du bail même, pure et simple.

Mais de là même il suit nécessairement que, sous l'ancienne jurisprudence, la défense de sous-louer se confondait avec la défense de céder le bail, lorsque la défense de céder le bail n'était pas pure et simple, lorsqu'elle était faite pour chaque partie, comme pour la totalité de la maison louée.

Le Code civil déroge-t-il à cette jurisprudence? Non, et au contraire il la confirme.

En disant, *sous-louer et même céder son bail*, cet article, comme je l'ai déjà observé, annonce évidemment que défendre de *céder le bail*, c'est plus que défendre de *sous-louer*. Mais en quoi y a-t-il plus dans la première défense que dans la seconde? En ce que la première porte sur la totalité, au lieu que la seconde ne porte que sur une partie, de la maison louée.

Donc, dans l'esprit du Code civil, comme dans l'ancienne jurisprudence, la défense de sous-louer est comprise dans la défense de céder le bail, lorsque la défense de céder le bail porte sur chaque partie de la maison louée.

Donc il y a contravention au bail, par le seul fait de la sous-location d'une partie de la maison, lorsque, par le bail, il est défendu au preneur de céder son bail *en tout ou en partie*.

Quel serait le sens de la prohibition de céder le bail, même *en partie*, si elle n'équipollait pas à une défense de sous-louer une partie de la maison? Elle n'en aurait aucun; elle ne serait dans l'acte qu'un pur pléonasme. Et, certes, on ne peut pas supposer que les contractans aient voulu insérer dans l'acte des mots vides de sens. « Lorsqu'une clause » (dit l'art. 1157 du Code civil) est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre » dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun ».

II. Le locataire à qui il est défendu par son bail de sous-louer, peut-il placer le propriétaire dans l'alternative, ou de résilier le bail, ou de lui permettre de sous-louer, ou de se charger lui-même de louer à d'autres, en offrant de lui faire raison de la différence qu'il y aura entre le loyer convenu et celui que paieront les nouveaux locataires?

Le 23 novembre 1808, acte sous seing-privé, par lequel le sieur Boutros loue à la veuve Lebrie quelques appartemens de sa maison pour cinq ans, à compter du 23 avril 1809, et au loyer annuel de 130 francs. L'acte porte que la veuve Lebrie « ne pourra rétrocéder le » bail à personne, mais qu'elle sera tenue d'occuper par elle-même en tout événement ».

Après avoir en effet occupé elle-même pendant quelque temps les appartemens du sieur Boutros, la veuve Lebrie le fait assigner au tribunal civil de Mayenne, pour voir dire qu'il sera tenu « ou de souffrir la résiliation » du bail, ou de souffrir qu'elle sous-loue, si » mieux il n'aime se charger lui-même de » louer à d'autres personnes, aux offres qu'elle » fait de payer, à titre de dommages et intérêts, ce qui manquera au prix du nouveau » bail pour être égal au prix du bail du 23 » novembre 1808 ».

Le sieur Boutros repond qu'on ne peut le contraindre à aucune de ces alternatives; que le bail doit être exécuté tel qu'il est conçu, et que cela résulte de l'art. 1717 du Code civil.

La veuve Lebrie réplique « qu'il ne s'agit » pas ici de l'application de l'art. 1717 puisque, » dans le fait, elle n'a ni sous-loué ni cédé son » bail; que ce serait attenter à sa liberté individuelle, que de l'obliger à occuper elle-» même les appartemens qu'elle a loués; qu'en » refusant d'exécuter le bail, elle s'expose, il » est vrai, à payer des dommages et intérêts, » et qu'aussi elle offre de les payer; que ses » offres indemnisent entièrement le locateur; » et qu'enfin, c'est le cas d'appliquer l'art. 1760 » du Code civil, qui porte qu'en cas de résiliation de la part du locataire, celui-ci est tenu » de payer le prix du bail pendant le temps » nécessaire à la relocation, sans préjudice » des dommages et intérêts qui ont pu résulter » de l'abus ».

Le 7 juin 1810, jugement qui donne acte à la veuve Lebrie de ses offres, et condamne le sieur Boutros à opter entre les trois partis qu'elle lui propose.

Le 17, Boutros se pourvoit en cassation; et par arrêt du 26 février 1812, au rapport de M. Chabot,

« Vu les art. 1717 et 1760 du Code civil;

» Attendu 1°, en fait, que, dans le bail à loyer du 23 novembre 1808, il avait été expressément stipulé que la défenderesse ne

pourrait rétrocéder à personne le bail qui lui était consenti par le demandeur; mais qu'elle serait tenue d'occuper par elle-même, en tout événement; 2° en droit, que l'art. 1717 du Code civil dispose expressément que la clause d'un bail par laquelle il a été interdit au preneur de sous-louer et même de céder son bail à un autre, *est toujours de rigueur*, et qu'il en résulte que le preneur qui ne veut pas continuer à jouir lui-même, ne peut ni éluder ni faire modifier l'effet de cette clause, en contraignant le locateur, ou à résilier le bail, ou à souffrir que le preneur sous-loue;

» Que l'option laissée au locateur de sous-louer lui-même, et les offres faites par le preneur de payer, à titre de dommages et intérêts, ce qui manquerait au prix du nouveau bail pour être égal au prix du premier, n'empêcheraient pas que la clause du bail fût rompue et la disposition de la loi violée, puisqu'il s'ensuivrait toujours que, par la seule volonté du preneur, et contre la volonté du locateur, l'interdiction de sous-louer se trouverait abrogée de fait; qu'ainsi, le preneur pourrait faire résilier ou changer le bail, par la seule raison qu'il ne voudrait plus l'exécuter; et qu'en définitive, la clause qui aurait interdit la faculté de sous louer, se trouverait purement comminatoire et sans effet;

» Que cette violation manifeste de l'art. 1717 du Code civil ne peut pas seulement donner lieu à des dommages-intérêts contre le preneur qui refuse d'exécuter;

» Que l'art. 1760 ne s'applique qu'au cas où le locateur demande la résiliation du bail par la faute du locataire, mais non pas au cas où c'est le locataire lui-même qui demande la résiliation, et qui la demande sans motifs fondés sur la loi; et uniquement pour ne pas exécuter les engagemens qu'il a contractés dans le bail;

» Qu'autrement, et si le preneur qui ne voudrait pas exécuter la clause du bail par laquelle il lui aurait été interdit de sous-louer, en était quitte pour des dommages et intérêts, soit en sous-louant, soit en faisant prononcer la résiliation du bail, il ne serait pas vrai que la clause fût toujours de rigueur;

» Qu'on ne pourrait donc concilier avec la disposition expresse et littérale de l'art. 1717, l'application qu'on voudrait faire au cas présent, de la disposition de l'art. 1760;

» D'où il suit que le jugement dénoncé a ouvertement violé la disposition de l'art. 1717, et faussement appliqué l'art. 1760, en déclarant le bail résilié, si mieux n'aimait le demandeur consentir que la défenderesse sous-louât les objets affermés; et en autorisant la défenderesse, à défaut par le demandeur de faire l'option, à louer elle-même pour le temps qui restait encore à courir du bail qui lui avait été consenti;

» La cour casse et annulle le jugement en dernier ressort rendu par le tribunal de l'arrondissement de Mayenne, le 7 juin 1810...».

V. l'article *Bail*, §. 9, n° 6.]]

SOUS-ORDRE. *V.* les articles *Collocation*, *Opposition aux criées*, *Saisie-exécution* et *Saisie immobilière*.

SOUS-PRÉFET (1). On nomme ainsi le fonctionnaire public qui, dans chaque arrondissement, remplit, sous la direction du préfet, les fonctions exercées autrefois par les administrations municipales et les commissaires de canton, à la réserve de celles qui sont attribuées aux conseils d'arrondissement et aux municipalités. (Loi du 28 pluviôse an 8, art. 9.)

Les fonctions des Sous-préfets sont, comme celles des préfets, incompatibles avec les fonctions judiciaires et avec toute autre sur laquelle leur place leur donnerait une influence immédiate ou médiate. (Loi du 24 vendémiaire an 3.)

Nous diviserons cet article en 4 paragraphes: le premier traitera des prérogatives attachées aux places de Sous-préfet; le deuxième, de leurs droits et obligations; le troisième, de leurs attributions en général; le quatrième, de quelques attributions particulières.

§. I. *Des prérogatives attachées aux places de Sous-préfets.*

I. Les Sous-préfets sont nommés par le chef du gouvernement (art. 18 de la loi du 28 pluviôse an 8), et n'entrent en fonctions qu'après avoir prêté serment entre les mains du préfet (art. 2 de l'arrêté du 17 ventôse an 8). Ils ne sont révocables que par le chef du gouvernement (art. 41 de la constitution de l'an 8.)

II. L'art. 1er du tit. 1er, l'art. 19 du tit. 17 et l'art. 16 du tit. 26 du décret du 24 messidor an 12, relatif aux cérémonies publiques, préséances et honneurs civils et militaires contient, relativement aux Sous-préfets, quelques dispositions qu'il faut voir dans le texte même de ce règlement.

III. Les Sous-préfets étant des agens du

(1) Cet article, à l'exception de ce qui se trouve entre deux doubles crochets, a été rédigé en 1807, par M. LAGARDE, alors préfet du département de Seine-et-Marne.

gouvernement, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du conseil d'état. *V.* les articles *Agent du gouvernement*, et *Garantie des fonctionnaires publics.*

IV. Avant la mise en activité du Code d'instruction crimiuelle de 1808, les Sous-préfets ne pouvaient, à raison des actes qu'ils avaient signés comme administrateurs, être appelés hors de leur arrondissement, soit pour reconnaître leur signature. soit pour servir de témoins. *V.* l'article *Témoin judiciaire*, §. 1, art. 5, nos 5 et 6.

§. II. *Des droits et des obligations des Sous-préfets.*

I. Les Sous-préfets, en leur qualité de fonctionnaires publics, sont obligés de résider au lieu de leurs fonctions. *V.* l'article *Résidence.*

II. Un Sous-préfet ne peut s'absenter sans un congé du préfet; et ce dernier pourvoit à son remplacement provisoire, comme il le fait pour le cas de maladie. (Art. 7 de l'arrêté du gouvernement du 17 ventôse an 8.)

L'auteur d'un ouvrage sur l'administration a cru devoir induire du texte de l'article cité, que le préfet ne peut pas pourvoir au remplacement provisoire d'un Sous-préfet mort ou démissionnaire. C'est une erreur. La mort et la démission sont bien incontestablement des cas d'absence: et le préfet ne doit pas laisser un instant suspendue l'action de l'administration: seulement, il doit, aussitôt qu'il a pourvu au remplacement provisoire du Sous-préfet mort ou démissionnaire, en donner connaissance au ministre de l'intérieur.

III. Un Sous-préfet a le droit d'instituer un secrétaire, chef des bureaux de la sous-préfecture; mais comme la loi n'a établi aucun fonctionnaire sous ce nom, ce secrétaire n'est qu'un simple employé qui n'est responsable qu'envers le Sous-préfet par lequel il a été choisi; et sa signature ne peut rendre authentique aucun acte, aucune expédition, ni aucun extrait des actes de l'autorité. *V.* l'article *Maire*, sect. 1, no 3.

§. III. *Des attributions en général des Sous-préfets.*

I. Les Sous-préfets, comme nous l'avons dit en tête de cet article, ont remplacé les administrations municipales, qui avaient elles-mêmes succédé aux administrations de district. Ainsi, de même que celles-ci ne participaient aux fonctions administratives, dans leur ressort, que sous l'autorité des administrations départementales, de même les Sous-préfets n'y participent aujourd'hui que sous l'autorité des préfets, qui, par leur institution, sont seuls chargés de l'administration dans leur département. (Art. 3 de la loi du 28 pluviôse an 8; loi du 22 décembre 1789, sect. 2, art. 28 et 31 et sect. 3, art. 3; loi du 15-27 mars 1791, art. 11 et 12.)

Les Sous-préfets doivent donc, en thèse générale, soit attendre l'impulsion ou les ordres des préfets, dont ils sont les intermédiaires à l'égard des maires, soit se borner, quand ils agissent d'eux-mêmes, à des avis qu'ils soumettent au préfet: dans ce sens, leur compétence s'étend sur toutes les matières qui sont de la compétence de leur chef; et leur surveillance doit s'exercer sur toutes les parties de l'administration.

On indiquera ci-après, §. 4, des cas particuliers pour lesquels les Sous-préfets n'ont besoin ni de l'impulsion ni de l'approbation préalable du préfet.

II. Les Sous-préfets remplacent les commissaires des guerres, [[aujourd'hui les intendans et sous intendans de l'armée]] lorsqu'il n'y en a point dans leur arrondissement: cela résulte d'une instruction du ci-devant ministre-directeur de l'administration de la guerre; mais ils rentrent, pour ces objets, dans la classe des agens militaires, reçoivent leurs ordres des chefs de cette partie d'administration, et correspondent avec eux.

§. IV. *Cas particuliers dans lesquels les Sous-préfets peuvent et doivent même agir sans avoir reçu l'impulsion du préfet, et sans attendre son approbation*

I. *Premier cas.* L'urgence de mesures sollicitées par l'intérêt public: ainsi, par exemple, ils peuvent

1o Requérir la garde nationale ou autre force publique en cas de danger imminent (Loi du 27 juillet-3 août 1791);

2o Prendre et faire exécuter les mesures qu'ils croiraient nécessaires pour arrêter les progrès d'une épidémie ou d'une épizootie qui se serait tout-à-coup manifestée (Loi du 24 août 1790, tit. 11, art. 3, no 5);

3o. Dénoncer sur-le-champ (ainsi que tous les fonctionnaires publics y sont tenus), toute espèce de délit qui peut parvenir à leur connaissance dans l'exercice de leurs fonctions (Code d'instruction criminelle de 1808, art. 29);

4o. Ordonner par provision, et sauf le recours au préfet, ce que de droit pour faire

cesser les dommages qui pourraient résulter des contraventions en matière de grande voirie (Art. 3 de la loi du 29 floréal an 10).

Dans le cas ci-dessus et dans les autres semblables, les Sous-préfets doivent, *sur-le-champ*, rendre compte au préfet de ce qu'ils ont fait et ordonné.

II. *Deuxième cas.* L'avantage de l'accélération de certaines affaires : ainsi,

1°. Ils visent les contraintes décernées par le receveur particulier de leur arrondissement, et ils règlent les frais faits en vertu de ces contraintes, tant contre les percepteurs que contre les contribuables (Art. 30 et 46 de l'arrêté du gouvernement, du 16 thermidor an 8);

2°. Ils visent, dans les vingt-quatre heures, les récépissés que le receveur particulier de leur arrondissement délivre, soit aux percepteurs, soit aux préposés de l'enregistrement et des domaines, ou de toute autre régie, soit enfin à tout agent ou débiteur public. Ils séparent le talon du récépissé, et en font directement l'envoi au ministre du trésor public. (Décret du 14 janvier 1808);

3°. Lorsqu'un mendiant se trouve arrêté dans leur arrondissement, ils sont chargés de constater à son égard le fait de la mendicité, de le faire conduire au dépôt, et de l'y faire écrouer (Décrets successifs portant établissement des dépôts de mendicité);

4°. En cas d'arrestation d'une voiture de roulage dont la circulation est interdite par la loi du 7 ventôse an 12 et le décret du 23 juin 1806, le Sous-préfet, ordonne le bris des roues par un arrêté (Art. 4 de la loi, et art. 1 du décret cité);

5°. Ils prononcent, sauf le recours au préfet, sur les contestations relatives au paiement de l'octroi de navigation (Art. 15 de l'arrêté du gouvernement du 8 prairial an 11).

III. *Troisième cas.* S'il s'agit de formalités, nominations ou opérations qui soient la suite nécessaire d'actes préalables des préfets. Ainsi,

1°. Ils font la répartition entre les communes, du contingent attribué par le préfet à leur arrondissement dans la contribution des portes et fenêtres (Art. 18 de la loi du 18 floréal an 10);

2°. A l'égard des contributions foncière, personnelle et mobilière, dont la répartition entre les communes est confiée aux conseils d'arrondissement, le Sous-préfet, après que le préfet a vérifié le tableau de cette répartition, fait et délivre les mandemens à chaque commune (Lois des 3 frimaire et 3 nivôse an 7, et instruction du ministre de finances);

3°. Les Sous-préfets nomment les répartiteurs chargés de poser les bases de la sous-répartition entre les contribuables de la commune (Loi du 3 frimaire an 7);

4°. Après la confection des rôles, les Sous-préfets visent ceux que le préfet a rendu exécutoires (Instruction du ministre des finances).

IV. *Quatrième cas.* S'il s'agit de formalités qui ne pourraient être remplies par le préfet qu'en nécessitant, *sans utilité*, le déplacement soit des fonctionnaires publics, soit des administrés.

Ainsi, sous le premier rapport,

1°. Ils président la commission chargée d'examiner et discuter les évaluations des communes de leur arrondissement, dans les opérations du cadastre (Loi du 15 septembre 1807, sur le budjet);

2°. Ils visent et paraphent les registres de comptabilité du receveur de leur arrondissement (Décret du 4 janvier 1803);

3°. Lorsque des sections d'une même commune ont des intérêts divisés, le Sous-préfet nomme et réunit chez lui deux commissions composées chacune de cinq personnes, prises parmi les plus imposées des sections contendantes, pour le maintien de leurs droits respectifs; mais son choix ne peut tomber ni sur les maires ni sur les adjoints. (*V.* l'article *Communauté d'habitans*, n°. 7.)

Sous le second rapport,

1°. Ils président les adjudications de ventes de bois appartenant, soit au gouvernement, soit aux communes, soit aux établissemens de charité, aux jours fixés par le préfet (Art. 4 du tit. 8 de la loi du 15-29 septembre 1791). Il en de même des bois appartenants aux fabriques puisqu'ils doivent être administrés dans la même forme que les bois des communes (Arrêté du 7 thermidor an 1 (1);

[[Voici ce que porte là dessus l'art. 86 de l'ordonnance du roi, du 1er août 1827, pour l'exécution du Code forestier du 21 mai précédent :

« Les adjudications des coupes ordinaires auront lieu pardevant les préfets et Sous-préfets, dans les chefs-lieux d'arrondissement.

» Toutefois les préfets, sur la proposition des conservateurs, pourront permettre que les coupes dont l'évaluation n'excédera pas cinq cents francs, soient adjugées au chef lieu d'une des communes voisines des bois et sous la présidence du maire.

» Les adjudications se feront, dans tous les cas en présence des agens forestiers et des re-

ceveurs chargés du recouvrement des produits ».]]

2°. Ils reçoivent les déclarations des propriétaires ou exploitans qui, soit pour défrichemens, plantations en bois ou autres causes énoncées au tit. 7 de la loi du 3 frimaire an 7, sur la contribution foncière, demandent à jouir des avantages attachés à ces améliorations (Art. 117 et 118 de cette loi).

3°. Ils reçoivent les déclarations des propriétaires ou entrepreneurs de diligences, de messageries, ou d'autres voitures publiques, sur le nombre de leurs voitures, le nombre de places qu'elles contiennent, le lieu de leur destination, le jour et l'heure de leur départ, de leur arrivée et de leur retour (Décret du 28 août 1808).

4°. Ils reçoivent l'attestation des mariniers conducteurs, sur la capacité des personnes que les adjudicataires des baes veulent employer pour leur service (Art. 47 de la loi du 6 frimaire an 7).

V. *Cinquième cas*. Lorsqu'il s'agit de nommer ou commissionner, soit les personnes par les lumières desquelles les Sous-préfets doivent s'éclairer dans certaines affaires particulières, avant de donner eux-mêmes leur avis au préfet, soit les agens d'exécution sur lesquels ils ont à exercer une surveillance journalière.

Ainsi, sous le premier rapport,

1°. Ils nomment les trois jurisconsultes qui composent le comité consultatif chargé de l'examen des affaires pour lesquelles les commissions administratives des hospices croiraient pouvoir intenter une action en justice (Art. 11 de l'arrêté du 7 messidor an 9).

2°. Ils nomment les experts ou commissaires dont les évaluations leur sont nécessaires pour former leur opinion dans les avis qu'ils doivent donner sur les demandes en rappel à l'égalité proportionnelle, et sur celles en remises ou modérations (Arrêté du 24 floréal an 8, art. 5 et 10).

Ainsi, sous le deuxième rapport,

3°. Ils nomment les porteurs de contraintes chargés d'exercer les poursuites autorisées par leur visa, soit contre les percepteurs, soit contre les contribuables (Arrêté du 16 thermidor an 8).

4°. Ils délivrent les commissions aux gardes champêtres à l'aide desquels s'exerce leur surveillance journalière de la police des campagnes (Art. 5 de l'arrêté du 25 fructidor an 9).

VI. Dans aucun des cas ci-dessus spécifiés, les Sous-préfets ne peuvent être considérés comme exerçant une autorité indépendante de celle du préfet. Ils lui doivent compte de tout. Le préfet peut même, soit les prévenir dans tous les cas et diriger leur marche, soit modifier, réformer ou annuler les mesures qu'ils ont prises, comme les ministres peuvent le faire à l'égard des préfets; relativement à toutes les attributions que la loi confère à ces derniers.

V. les articles *Maire*, *Préfet*, *Juré*, *Conflit d'attributions*, et *Pouvoir judiciaire*. *

* [[SOUSTRACTION DE TITRES. Celui qui a momentanément enlevé d'un dépôt public, une pièce pour la faire signer par un témoin instrumentaire qui ne l'avait pas signée à l'instant où il eût dû le faire, est il passible de la peine portée par l'art. 255 du Code pénal?

V. le plaidoyer et l'arrêt du 7 septembre 1812, rapportés au mot *Faux*, sect. 1, §. 33.

Au surplus, *V.* les articles *Suppression de titres*, et *Vol.*]]

[[SOUS-TRAITANT. *V.* les articles *Pouvoir judiciaire*, §. 12, n° 2; et *Privilége de créance*, sect. 3, §. 2, n° 1.]]

*SOUVERAINETÉ. C'est le pouvoir de dicter et les lois politiques qui établissent la nature du gouvernement chez un peuple, et les lois civiles ou criminelles qui établissent les droits et les devoirs des citoyens dans les rapports qu'ils ont entre eux, et dans les rapports qu'ils ont avec la société.

Cette définition est trop générale pour être très claire et très sensible. Après la lecture de cet article, on verra peut-être que c'est pourtant un résultat très-simple de toutes les idées qui doivent la composer.

Cet article est un des plus importans du *Répertoire de jurisprudence*. La Souveraineté est la source de toutes les lois; on ne peut donc étudier les lois avec quelque succès, que lorsqu'on se sera fait de justes idées de la Souveraineté dont elles émanent.

Loke et Montesquieu, qui n'ont considéré la Souveraineté que relativement à la formation des empires, ont écrit surtout pour les législateurs. Notre objet n'est pas le même: nous devons la considérer surtout relativement aux lois particulières qui prononcent sur le sort des citoyens dans les temples de la justice; nous devons donc écrire particulièrement pour les magistrats qui en sont les organes, pour les avocats qui les réclament, et pour les citoyens qui ne peuvent les ignorer sans

grands inconvéniens, et auxquels il ne serait peut-être pas très difficile de les faire connaître. Notre objet paraît moins vaste, et il est pourtant immense.

Il est plusieurs points de vue sous lesquels le jurisconsulte doit envisager la Souveraineté.

1°. Il doit chercher d'abord comment elle se forme en général chez les peuples réunis en Société. C'est le moyen le plus sûr et le plus facile d'en bien découvrir la nature : c'est ce que je ferai d'abord.

2°. Il lui importe plus encore de savoir et de montrer quels caractères et quelles formes elle a eus chez le peuple pour lequel il écrit. Je parlerai donc du gouvernement français ; mais toujours renfermé dans les bornes de mon sujet, j'en ferai le tableau plutôt que l'histoire.

[[3° Il est des États qui sont subordonnés à d'autres : cette subordination empêche-t-elle qu'ils ne soient considérés comme souverains ?]]

4° Dans les pays où la liberté de l'homme est comptée pour quelque chose, le pouvoir des lois ne s'étend pas sur sa tête comme un pouvoir despotique sous lequel il doit nécessairement fléchir. Il faut donc connaître bien nettement la manière dont l'homme s'engage, pour ainsi dire, avec la Souveraineté du peuple où il a reçu le jour. Je ferai voir combien nos lois ont montré de respect pour la liberté naturelle de l'homme : cet examen doit être bien intéressant pour tout bon Français.

5° Les voyages que la guerre, la curiosité et le commerce font entreprendre, transportent souvent les peuples les uns chez les autres. De ces rapports des peuples entre eux, il doit naître des occasions où des hommes de différens pays doivent être jugés par un pouvoir et par des lois émanés de la même Souveraineté. Quelles sont ces occasions ? Il n'est pas aisé de les distinguer. Cet objet a excité de grandes disputes entre les jurisconsultes : ils ont agité ici une des plus grandes questions de la jurisprudence. Nous tâcherons d'y répandre quelques lumières.

[[6° Deux Souverainetés distinctes peuvent être gouvernées par le même prince : quels sont alors dans l'une, l'état et les droits des habitans de l'autre ? Quels sont, dans celle-ci, les effets des actes de gouvernement ou de juridiction faits pour celle-là ?

7° Un État souverain est quelquefois réuni à un autre. Quels sont les effets de cette réunion ?

8° Le souverain qui reprend par la force des armes, les États de son allié envahis par l'ennemi commun, peut-il y faire des actes de Souveraineté ? Que deviennent, après la rentrée d'un souverain dans ses États précédemment conquis, les actes de Souveraineté qu'y a faits le conquérant ?]]

§. I. *Comment se forme en général la Souveraineté.*

L'homme est né pour la société. Ce n'est que de nos jours qu'on a tenté de rendre cette vérité problématique ; mais tous les efforts de l'un des plus beaux génies de notre siècle n'a pu lui rien enlever de son évidence. Il serait impossible de l'obscurcir, même en humiliant l'orgueil de l'homme jusqu'à le comparer aux animaux. Il est plusieurs espèces d'animaux qui, comme l'homme, ont reçu l'instinct social de la nature. Les perdrix dans nos champs, et les castors dans les plaines de l'Amérique septentrionale, vivent en compagnie. Les naturalistes assurent que les quadrupèdes vivraient presque tous en troupe, si l'homme plus puissant par son intelligence, ne les dispersait, pour les détruire ou pour les asservir à son joug. Celui qui règne sur eux, n'est donc pas fait pour vivre isolé, puisqu'eux-mêmes ont un penchant naturel qui tend sans cesse à les rapprocher et à les mettre en société. L'homme perdrait bientôt son empire sur les espèces qui lui sont soumises, s'il errait comme elles dans les forêts.

Cet instinct social, qui est le premier besoin et le caractère le plus marqué de l'homme, produit les associations avant les sociétés. Si nous avions reçu de la nature un esprit plus vaste et des facultés physiques plus étendues, le genre humain ne formerait peut-être qu'une société unique, soumise aux mêmes lois, gouvernée par le même pouvoir. Mais, bornés dans nos idées comme dans notre force, la nature même, qui nous rend sociables, nous impose la nécessité de former plusieurs sociétés. Dans les forêts, les hommes se divisent en troupes ; dans la société, ils se divisent en nations. La terre même, qui nous a été donnée pour demeure, nous oblige par son organisation, à diviser la famille universelle en plusieurs grandes familles ; partout la nature a placé de distance en distance, ou de vastes étendues d'eaux, ou de hautes montagnes, qui séparent les différentes habitations des hommes ; et tout nous dit que ces barrières naturelles doivent aussi nous servir de barrières politiques. Les conquérans ont franchi quelquefois ces barrières ; mais le temps et l'ordre nécessaire des choses que le temps ramène infailliblement, ont toujours pressé, ont tou-

jours étouffé l'ambition des peuples et des rois entre ces limites et les boulevards de la nature. Les Romains n'avaient fait qu'un même empire de l'Italie, de la Grande-Bretagne, de l'Ibérie et des Gaules. Rome a succombé sous sa propre grandeur; et l'Ibérie, les Gaules, l'Italie et la Grande-Bretagne, séparées par des limites naturelles, ont formé de nouveau plusieurs empires. Les sociétés ne s'établissent donc naturellement et d'une manière solide, qu'entre les individus qui, se trouvant assez rapprochés pour éprouver ensemble les besoins de la vie, peuvent aussi se réunir aisément pour se prêter des secours mutuels.

Supposons-les en très petit nombre : nous distinguerons mieux les droits de chacun, et le dessein de tous dans cette réunion. S'ils ne sont que vingt, par exemple, ils verront sans beaucoup de peine quel est l'intérêt de tous; ils découvriront, sans de grands efforts de génie, quels moyens on doit mettre en usage pour remplir cet intérêt. Ils ont tous les mêmes besoins, et forment tous les mêmes vœux; il y a donc entre ces vingt hommes une volonté aussi *unique* que si elle n'appartenait qu'à un même homme. Or, la nature a donné une volonté à chaque individu, pour qu'elle régnât souverainement sur ses actions; la volonté uniforme de ces vingt hommes doit donc aussi régner sur eux en *souveraine*. La Souveraineté, pour ces vingt hommes, ne sera donc que cette volonté même. Si on leur demandait comment se forme la Souveraineté, ils nous répondraient qu'elle se forme en réunissant plusieurs volontés en une seule; et si nous leur demandions une définition de la Souveraineté, ils croiraient l'avoir définie on ne peut pas plus clairement, en nous disant qu'elle n'est que *la volonté générale*. Elle ne peut pas être autre chose en effet. Elle a beau se cacher sous diverses formes de gouvernement, sa nature est partout la même. Qu'un monarque s'en soit rendu l'interprète, qu'un sénat ait été choisi pour en être l'organe, ou que le peuple même, comme dans la démocratie, ait conservé le pouvoir de l'exprimer, elle change d'organe, mais non pas de nature. On ne retrouve point, il est vrai, la volonté générale dans le pouvoir dont sont armés les despotes; mais il n'y a pas plus de Souveraineté que de volonté générale dans les États livrés aux horreurs du despotisme. Un jurisconsulte serait coupable de confondre la Souveraineté avec la tyrannie, et l'obéissance à la loi avec la soumission aux volontés d'un seul homme.

On comprendra peut-être mieux actuellement la définition que Gravina et Montesquieu ont donnée de la loi. *Elle est*, ont-ils dit, *l'expression de la volonté générale*. On a eu peine à entendre cette définition dans les pays où souvent un seul homme paraît faire les lois, et où les peuples ne sont presque jamais appelés au conseil de la législation : mais, dans ces pays, on a élevé à la grandeur souveraine un homme qu'on a cru assez éclairé pour reconnaître toujours la volonté générale, et assez vertueux pour la respecter toujours. C'est cette idée de la réunion des plus grandes vertus et des plus grandes lumières, qui ont consacré parmi nous le nom et le pouvoir des monarques. Louis XII, vêtu d'habits obscurs, se mêlait au peuple dans nos places et sur nos théâtres. Il descendait ainsi de son trône pour recueillir les suffrages d'une multitude dont ses lois devaient exprimer la volonté. Le chancelier de l'Hôpital, dans l'assemblée de Fontainebleau, cita cet exemple à François II, comme la règle du devoir le plus sacré des rois.

On aura peine à reconnaître, nous le prévoyons, dans une association aussi simple que celle que nous venons de supposer, la nature de la Souveraineté qui gouverne les peuples et les empires. Mais les choses ne changent pas de nature, pour changer de proportion : l'homme et l'enfant au berceau ont une grandeur et des forces bien différentes, nous y reconnaissons cependant le même être. Qu'il me soit permis d'observer ici que presque tous les auteurs qui ont écrit du droit public, et même Montesquieu, ont voulu trop séparer les principes des lois politiques et des lois civiles. Elles diffèrent sans doute dans une multitude de leurs conséquences, mais il importe extrêmement de leur reconnaître la même base; et cette base, c'est la justice. Si l'on refuse, par exemple, d'avouer que le contrat d'association qui forme une maison de commerce, et le contrat d'association qui forme un empire, sont des contrats de la même nature, il sera toujours impossible de se faire des idées justes du gouvernement des peuples, on ne pourra jamais savoir ni pourquoi on est obligé d'obéir, ni pourquoi on a le droit de commander. Le pouvoir des brigands et celui des souverains les plus adorés, paraîtront sortir de la même source; et rien ne me fera distinguer l'autorité de saint Louis rendant la justice à ses peuples dans le bois de Vincennes, de l'autorité de ce prince barbare des assassins, ordonnant à ses esclaves d'aller poignarder saint Louis.

§. II. *De la Souveraineté en France.*

I. L'abbé Dubos et un auteur moderne ont été chercher bien loin l'origine de la Souveraineté en France. La loi *regia*, ont-ils dit, transmit la puissance du peuple romain entre

les mains d'Auguste. Les successeurs d'Auguste établirent dans les Gaules un gouvernement formé sur le modèle de l'empire romain. Clovis, en entrant dans les Gaules, fut assez sage pour se féliciter d'y trouver un gouvernement tout monté; il se garda bien d'y changer quelque chose; il en prit tous *les outils*, et se contenta de se mettre à la place des empereurs qui avaient imprimé le premier mouvement à cette machine.

Il y a beaucoup d'observations à faire sur cette étrange généalogie qu'on donne au pouvoir de nos rois.

1° Les écrivains qui montrent quelque respect pour la vérité, n'osent plus citer aujourd'hui la loi *regia*; il est aujourd'hui bien démontré qu'elle [[n'a jamais existé, et que c'est par un insigne mensonge de Triboniens qu'elle est citée dans la loi 1, §. 7, C. *de veteri jure enucleando*, et dans le §. 6, Inst. *de jure naturali gentium et civili*, comme ayant été portée par le peuple romain pour transférer à Auguste *omne imperium suum atque potestatem.*]] L'empire romain a produit une foule d'historiens depuis la chute de la république jusqu'au règne de Justinien. Aucun d'eux n'a fait mention de cette loi *regia*, qu'on voit paraître pour la première fois dans les compilations de Tribonien; c'était pourtant un fait assez mémorable pour être transmis à la postérité. Quoi! Tous les historiens auront négligé de parler d'une loi par laquelle ce peuple romain, qui avait chassé les Tarquins, qui avait défendu pendant cinq siècles sa liberté contre le sénat, qui frémissait au seul nom de roi, se serait dépouillé volontairement de tout son pouvoir, pour en revêtir un citoyen, sous le titre précisément pour lequel il avait plus d'horreur encore que pour l'autorité qu'il exprime! Ces historiens, si empressés à flatter les maîtres de l'empire, suivant le témoignage de Tacite, auraient oublié de parler d'une loi qui devait plaire à l'orgueil des empereurs, plus que toutes leurs flatteries! Il serait aussi raisonnable de croire que des historiens anglais, opposés au parti de la couronne, comme le fameux Sidney, auraient oublié de rendre compte de la révolution de 1688, qui déclara la vacance du trône par un bill du parlement.

Tous les historiens romains, au contraire, nous montrent tous les successeurs d'Auguste sans cesse occupés avec inquiétude, ou à conserver ou à étendre leur puissance. Ils prennent toujours le titre de tribun, pour paraître exercer le pouvoir du peuple. S'ils avaient eu déjà tout le pouvoir du peuple, pourquoi se seraient-ils revêtus de ce vain titre? Ils prennent toujours également le nom de consul; mais si une loi du peuple les avait nommés les rois de l'empire, pourquoi auraient-ils eu la précaution de prendre le titre de chef du sénat? Comme dit très-bien Gravina, pourquoi prendre ainsi le pouvoir par parties, si on l'avait déjà reçu une fois tout entier? *Quorsùm prætereà oportebat principem omnibus populi facultatibus indutum, eas iterùm à populo facultates particulatim accipere?* C'est la bataille d'Actium, et non pas la loi *regia*, qui donna l'empire à Auguste.

Il faut connaître bien mal l'état de barbarie et d'ignorance où étaient les Francs et Clovis, au moment de la conquête, pour croire que Clovis ait pu admirer le gouvernement établi par les Romains dans les Gaules, pour croire surtout qu'il ait pu être capable de manier les *outils* de cette administration compliquée et savante. Les barbares traitent les institutions sociales des peuples polis comme les chefs-d'œuvre des arts: il les renversent, ou ne les laissent subsister que par mépris, et pour n'avoir pas su même y faire attention. Quelque temps après que ces hordes des forêts de la Germanie se furent répandues dans l'Europe, les beaux monumens d'architecture grecque et les belles institutions sociales disparurent à la fois de la terre; et l'on ne vit plus que les formes bizarres de l'architecture gothique et du gouvernement féodal. Les Gaulois, il est vrai, furent encore quelque temps jugés par leurs lois, tandis que les Francs, d'un autre côté, l'étaient par leurs usages: mais cela même suffirait pour prouver que Clovis n'avait pu rien comprendre à l'administration des provinces qu'il avait soumises: il ne savait, ni donner aux Francs les lois des Gaulois-Romains, ni faire prendre aux Gaulois-Romains les usages des Francs. Il laissait les choses comme elles étaient, parcequ'il était incapable de les changer. Des voyageurs et des philosophes ont beaucoup vanté la sagesse des Tartares, qui prennent toujours les lois et les mœurs des Chinois qu'ils ont vaincus; mais j'ai dans l'idée que nous faisons honneur à leur sagesse de ce qui n'appartient qu'à leur ignorance. Les Tartares ne peuvent être, ni plus éclairés, ni plus sensibles que les Francs à la beauté des lois et des mœurs; ils laissent aussi les choses comme ils les trouvent, lorsqu'ils sont las de ravager et de détruire.

Enfin, je ne vois pas bien pourquoi l'autorité et les droits des successeurs d'Auguste auraient été nécessaires à Clovis. Est-ce envers les Francs qu'il en aurait eu besoin? Mais quelle considération pouvaient avoir ces fiers conquérans pour une autorité détruite par leurs armes? Eux-mêmes avaient choisi Clovis pour leur chef, et leur propre choix devait

leur paraître bien autrement respectable. Aurait-il voulu s'en servir pour s'assurer de l'obéissance des vaincus? La terreur de ses armes lui en répondait bien mieux que des titres effacés par sa victoire. Ces raisonnemens, que nous venons de réfuter, ont paru cependant spécieux et imposans à beaucoup d'écrivains: vingt ouvrages au moins ont copié l'ouvrage de l'abbé Dubos. Lorsqu'un homme d'un esprit un peu raisonnable parcourt l'histoire des lois et des peuples, il ne peut s'empêcher de déplorer à chaque instant la faiblesse de la raison humaine.

II. Si nous recherchons, sans faire aucun système, quel était le caractère de la Souveraineté sous les premiers rois mérovingiens, nous lui trouverons toutes les formes d'une démocratie militaire. Ces rois n'avaient qu'une autorité très-bornée. Ils jugeaient seuls les affaires, lorsqu'elles étaient peu importantes; mais lorsqu'il s'agissait des grands intérêts de la nation, c'est dans l'assemblée de la nation entière qu'on en délibérait. A ce mot d'assemblée nationale, il ne faut pas se représenter un sénat composé d'hommes paisibles, parlant toujours au nom des lois, et prononçant les oracles de la sagesse et de l'expérience; cette méprise n'a été que trop commune: il faut se placer au milieu d'un camp de soldats, qui traînaient après eux leurs femmes, leurs enfans, leurs troupeaux et leurs esclaves: Tacite nous peint ainsi les assemblées des Germains; celles des Francs, qui sortaient de la Germanie, ne pouvaient pas être autre chose. En effet, dès l'origine de la monarchie française, nous trouvons une assemblée générale, appelée le *champ de Mars*, parcequ'elle se tenait dans le mois qui porte ce nom: c'est là que résidait la puissance législative, c'est-à-dire, la Souveraineté. Il n'y a là proprement, ni roi, ni sujet; on y voit, d'un côté, des soldats, qui ne sont autre chose que la nation armée; et de l'autre, un général qui les commande, parcequ'ils l'ont choisi pour les conduire: lorsqu'ils sont en paix, il n'a que le pouvoir d'exécuter les volontés souveraines de cette assemblée; lorsqu'ils font la guerre, il paraît tout-puissant, parcequ'un général doit toujours l'être. C'est pour avoir mal distingué dans les premiers descendans de Clovis et dans Clovis même, le roi et le général d'armée, qu'on a eu tant de peine à bien déterminer la nature et l'étendue de leur autorité.

Lorsque le peuple vaincu se fut mêlé au peuple vainqueur; lorsque les évêques gaulois prirent dans le conseil l'ascendant que leurs lumières devaient leur donner à la longue; lorsque tous les Francs répandus et dispersés dans les provinces, les plus éloignés eurent plus de peine à se réunir pour tenir les assemblées de la nation, on commença à ne plus convoquer si régulièrement le champ de Mars; bientôt on ne le convoqua plus, et ceux qui jusqu'alors n'avaient eu que la puissance exécutrice, c'est-à-dire, le roi et les grands qui composaient son conseil, se saisirent de la puissance législative qui leur était abandonnée, et la démocratie militaire fut changée en une constitution aristocratique. Si l'on avait eu quelque lumière dans ce siècle, et quelque connaissance de la marche des gouvernemens, on eût pu prévoir que l'aristocratie se changerait en monarchie, comme la démocratie s'était changée en aristocratie. Les choses allèrent d'elles-mêmes, et cette seconde révolution arriva bientôt en effet. Les rois se servirent habilement, pour l'opérer, du pouvoir que leur donnaient sur les aristocrates, les bénéfices *ou terres royales* qu'ils partageaient entre eux: la reconnaissance d'en avoir reçu, ou l'espérance d'en recevoir, soumirent aux volontés du monarque tous les membres du conseil législatif. Les rois abusèrent bientôt aussi du pouvoir dont ils s'étaient emparés avec une politique très-adroite pour ces siècles barbares; ils en abusèrent et le perdirent. L'assemblée d'*Andeli*, où l'on vit des sujets traiter en puissances presque indépendantes, avec le monarque dont ils devaient recevoir des lois, rendit les bénéfices perpétuels et héréditaires. On enleva au roi l'instrument de sa grandeur. Les descendans de Clotaire II allèrent se renfermer dans leurs palais; et des maires qui avaient assez de génie et de grandeur personnelle pour couvrir, par l'admiration qu'ils inspiraient, le crime d'une usurpation, montèrent sur le trône.

Pépin d'Héristal, Charles Martel et Pépin-le-Bref ont été de grands hommes; mais l'éclat de leurs vertus et de leurs talens s'est éclipsé devant le génie de Charlemagne. Charlemagne a couvert de sa renommée tous ceux qui l'ont suivi. Il paraît seul occuper toute la durée de la seconde race, et l'on n'aperçoit ses faibles descendans que comme une partie des ruines du vaste empire qu'il avait formé. Le dessein de sa législation est un des plus vastes et des plus réguliers que l'esprit humain ait jamais conçus: dans ces temps de confusion et d'ignorance, il montra dans un seul homme cette sagesse puissante et ces plans hardis que Cynéas avait admirés dans un sénat de rois.

III. Lorsque Charlemagne monta sur le trône, toutes les classes de l'État étaient di-

visées et en guerre les unes contre les autres. Le clergé et la noblesse, qui se déchiraient entre eux, opprimaient l'un et l'autre le peuple qui se révoltait et se vengeait quelquefois, sans jamais adoucir son sort. Un monarque puissant, qui n'aurait eu qu'une grande force dans le caractère, aurait déployé avec vigueur toute la puissance de l'autorité suprême; il aurait tout prosterné à ses pieds, et les hommes encore auraient admiré et béni cette paix de la servitude : mais Charlemagne a autant de génie que de caractère, et c'est le repos et non pas la mort qu'il veut donner à son empire. Comme ses grandes vues sont différentes des courtes vues de nos politiques ! Séparez, divisez les hommes et les ordres de l'État, si vous voulez les gouverner sans peine, nous disent-ils. Les réunir dans des assemblées nombreuses et tumultuaires, c'est fomenter toutes les passions, c'est allumer l'esprit de discorde et de révolte. Et tout au contraire, pour rétablir la paix entre les ordres divisés de son empire, Charlemagne les rassemble auprès de son trône, et leur remet le pouvoir législatif dont les révolutions précédentes l'avaient revêtu lui-même. Un autre, pour apaiser leurs troubles, en eût fait des esclaves; et lui en fait des législateurs. Pépin avait commencé la réforme, en se faisant une règle de convoquer tous les ans, au mois de mai, les évêques, les abbés et les chefs de la noblesse, pour conférer sur la situation et les besoins de l'État : Charlemagne voulut que ces assemblées fussent convoquées deux fois l'an, au printemps et à la fin de l'automne; et la première loi qu'on publia, fut qu'on serait obligé de s'y rendre avec exactitude.

L'assemblée de l'automne était destinée surtout à préparer celle du printemps : elle examinait si les lois subsistantes étaient fidèlement exécutées; elle voyait si les obstacles venaient, ou des passions des hommes, ou des désordres des choses, ou de l'insuffisance même des lois. En voyant les abus et leurs causes, on en cherchait les remèdes. Cette assemblée s'occupait surtout des intérêts du royaume avec les puissances voisines. Il paraît qu'elle ne formait que des réglemens provisoires, aussi n'était-elle pas composée par la nation. Les hommes les plus exercés dans les affaires publiques, y étaient seuls appelés.

L'assemblée du printemps, qu'on nommait le *champ de Mai*, faisait seule les lois. Charlemagne y fit entrer le peuple, qui montrait encore l'empreinte des fers qu'il avait portés. On le vit, au sortir de la servitude, aller s'asseoir dans une assemblée législative, à côté des grands de l'empire et des prélats de l'église. Des hommes anoblis par le titre de citoyens, étaient seuls dignes d'être sujets de Charlemagne. Cependant, comme il n'était pas possible de rassembler toute la nation, on convint que chaque comté députerait douze représentans du peuple.

Qu'il me soit permis de remarquer ici que c'est, peut-être chez les peuples modernes, le premier exemple de ces députés qui représentent une nation. Cette sorte de représentation a été absolument inconnue des anciens. Quelques auteurs ont même prétendu qu'elle n'a pu naître que chez des peuples qui ne connaissaient point la nature de la liberté. Il n'est pas de mon sujet d'examiner cette opinion : je dirai seulement que les Anglais, dont la constitution est fondée sur des représentans, jouissent depuis très long-temps d'une liberté dont les orages même qu'elle fait naître, garantissent la durée.

Cette assemblée de législation, composée de trois corps, le peuple, la noblesse et le clergé, était divisée aussi en trois chambres. Ces chambres discutaient chacune séparément les affaires qui la concernaient; et elles se réunissaient, lorsqu'elles voulaient se communiquer leurs réglemens, ou délibérer sur des affaires communes. Le prince ne paraissait jamais dans cette assemblée, que lorsqu'il y était appelé par ceux qui la composaient. Il voulait que ce corps eût en lui-même le principe de son mouvement; il aurait trop craint de le lui faire recevoir de sa puissance. Il ne l'abandonnait cependant pas à lui-même; il l'éclairait de son génie; mais il y faisait pénétrer ses lumières, et jamais son autorité. Ses lumières même, il désirait qu'on pût s'en passer.

Il appela dans son empire tous les hommes éclairés de son siècle : cette attention a été commune à presque tous les grands princes; il en eut une qui distingue plus son génie et le grand législateur. Dans quelque lieu qu'il plaçât le corps législatif, il était impossible que ce corps pût connaître par lui-même tous les besoins des provinces d'un si vaste empire. Charlemagne partagea tout le pays de sa domination en différens districts ou légations, dont chacun contenait plusieurs comtés. Il n'en confia pas l'administration à un seul duc; c'était l'usage ancien; mais il sentit qu'un magistrat unique, à la tête de chaque province, négligerait ses devoirs ou abuserait de son autorité. Des officiers, au nombre de trois ou quatre, choisis dans l'ordre des prélats et de la noblesse, et qu'on nomma *envoyés royaux*, furent chargés du gouvernement de chaque légation, et obligés de la visiter exactement de trois mois en trois mois. Outre les assises,

qui ne regardaient que l'administration de la justice entre les citoyens, ces espèces de censeurs tenaient tous les ans, dans leurs provinces, des états particuliers où les évêques, les abbés, les comtes, les seigneurs, les avoués des églises, les vicaires des comtes, les centeniers et les rachimbourgs, étaient obligés de se trouver en personne, ou par leurs représentans, si quelque cause légitime les retenait ailleurs. On traitait, dans ces assemblées, de toutes les affaires de la province; tous les objets y étaient vus dans leur juste proportion; on examinait la conduite des magistrats et les besoins des particuliers. Les abus, en naissant, étaient réprimés, ou du moins ils n'avaient jamais le temps d'acquérir assez de force pour lutter avec avantage contre les lois. Les envoyés faisant leur rapport au prince et à l'assemblée générale, de tout ce qu'ils avaient vu, l'attention du *corps législatif*, quelque vaste que fût l'empire français, se fixait en quelque sorte sur chacune de ses provinces; rien n'était oublié, rien n'était négligé. Chaque homme public était continuellement exposé aux yeux de la nation. Les magistrats, qui avaient tout l'empire pour censeur, furent aussi justes que la loi. Les mœurs, qu'une liberté bien réglée épure toujours, et sans lesquelles la liberté produit bientôt l'anarchie, perdirent de leur rudesse, sans rien perdre de leur énergie. On les vit s'adoucir, mais leur douceur n'était pas celle que donne le luxe, et dont il ne faut pas beaucoup se vanter. Elle était inspirée par la vertu; c'était la vertu même.

Ce tableau est magnifique; je me suis plu à en chercher les traits dans tous nos historiens, et dans toutes les lois de ce superbe empire. J'ai pensé que le *Répertoire de Jurisprudence* devait bien faire connaître l'époque la plus glorieuse de la législation française.

Il n'entre point dans mon plan de tracer l'histoire de la décadence de cette belle constitution sous les successeurs de Charlemagne. Le siècle de ce grand homme n'était pas capable de conserver l'ouvrage de son génie; chacun de ses descendans y porta quelque dégradation; et au bout d'un siècle, il ne restait plus dans cet empire, divisé en plusieurs royaumes, ni lois, ni mœurs, ni puissance publique. Tout était perdu dans la féodalité, lorsque Hugues-Capet monta sur le trône, malgré les réclamations de Charles de Lorraine.

IV. Je ne parlerai point du système féodal: j'écris de la Souveraineté; et dans le système féodal, je vois des suzerains, des vassaux et des esclaves; je n'y vois ni lois, ni constitution, ni citoyens. Il est donc impossible d'y voir une Souveraineté; le monarque même n'était qu'un suzerain. Mais c'est un beau spectacle dans notre histoire, de voir la Souveraineté sortir par degrés des ruines du système féodal, et se réunir tout entière dans la personne de nos monarques, sans rien perdre de son caractère essentiel, sans cesser d'être l'expression de la volonté générale. Cette révolution commence sous le règne de Louis-le-Gros, par le rétablissement des communes. Ceux qui ont fait là-dessus les recherches les plus exactes, en marquent l'époque à l'année 1137, ou à l'année 1138.

Il est doux de voir la liberté des peuples et le pouvoir des rois renaître ensemble. Sous saint Louis, l'établissement de quatre grands bailliages royaux et de la justice du ressort, où les sujets, opprimés par les sentences arbitraires des juges des baronnies, portaient leurs plaintes; l'admission des *clercs* ou *lettrés* aux séances de ces parlemens, dans lesquels des chevaliers, qui rarement *savaient* lire, décidaient de la fortune des citoyens; la publication de ce recueil de lois, qu'on nomme *établissemens*, première chose qui, depuis la destruction de l'empire de Charlemagne, donna l'idée d'un code à des peuples qui ne connaissaient que des réglemens particuliers: sous Philippe-le-Bel, l'admission du tiers-état aux assemblées de la nation, l'institution des tribunaux suprêmes, nommés *parlemens*; l'abolition des duels en matière civile: sous Charles V, la sagesse de son règne: sous Louis XI, cette tyrannie habile, qui écrasait la tyrannie des grands seigneurs: sous François 1er, les lumières que la renaissance des lettres répandit sur le trône et dans le royaume: sous Henri IV, le génie naturel et la bonté de ce prince, mais surtout l'administration savante et vertueuse de Sully: sous Richelieu, la grandeur de ses projets, qui, malgré son despotisme odieux, faisait sentir vivement le besoin d'une force et d'une volonté publique, c'est-à-dire, de la Souveraineté: sous Louis XIV enfin, les efforts du génie dans tous les genres, pour perfectionner la science des lois et de toutes les branches de l'administration, ont fait connaître aux peuples et aux rois la nature, les bornes et l'étendue, les devoirs et le but de la Souveraineté.

Aujourd'hui, toutes les lois émanent de la volonté du monarque, qui n'a plus la nation entière pour son conseil; mais son trône est si accessible, que les vœux de la patrie y parviennent toujours; et dans une multitude de leurs ordonnances, nos souverains se sont fait

gloire d'avouer que leur volonté ne doit être *souveraine*, que lorsqu'elle est l'expression de la volonté générale. Les despotes étouffent les lumières pour écraser tout dans les ténèbres ; les rois, qui connaissent les devoirs et le principe de la Souveraineté, encouragent les arts et le génie, s'environnent de lumières, pour voir tout le bien qu'ils ont à faire, et tous les moyens qui sont propres à l'opérer.

[[V. Depuis la rédaction de cet article, la forme du gouvernement a changé plusieurs fois en France; mais elle a été fixée par la charte constitutionn elle du 4 juin 1814. *V.* l'article *Loi*, §. 1.

§. III. *La subordination d'un Etat à un autre empêche-t-elle qu'il ne soit considéré comme souverain ?*

V. l'article *Bar.*]]

§. IV. *L'homme est-il nécessairement soumis, par sa naissance, à la Souveraineté du pays où il a reçu le jour?*

Il est singulier que l'on soit obligé de répondre à cette question, et que la réponse ne paraisse pas à tous les yeux dans la question même. Mais les Grotius, les Puffendorff et les autres publicistes qui ont traité des ces matières, ou n'y ont porté aucune bonne foi, ou se sont abandonnés à tous les préjugés qui régnaient autour d'eux. Ils ont cru apparemment honorer les puissances, en peignant toujours l'homme comme un être fait pour l'esclavage ; et le pouvoir même des lois, comme un despotisme qui s'étend sur lui, sans jamais consulter sa volonté, sans attendre même le moment où il est capable d'avoir une volonté. Je crois être en état de prouver que nos lois reconnaissent et honorent mieux la dignité de l'homme, qu'elles lui demandent son consentement avant d'exiger son obéissance ; et qu'aujourd'hui même, où un contrat exprès ne se renouvelle plus entre chaque citoyen et la Souveraineté, il se fait pourtant entre eux un pacte tacite, par lequel l'un et l'autre prennent des engagemens d'autant plus sacrés qu'ils sont libres dans leur principe.

Ce point de droit public, comme on le verra bientôt, a les effets les plus étendus sur toutes les matières de droit civil.

Nous sommes déjà remontés aux premiers momens de la fondation des sociétés ; et en recherchant ce qui avait pu réunir en une seule volonté une multitude de volontés naturellement différentes nous avons reconnu qu'on ne pouvait attribuer cette espèce de miracle moral, qu'à l'empire de la persuasion, qui présentait les mêmes avantages à des êtres qui avaient les mêmes besoins. Comment peut-on se persuader, en effet, que les lois, dont chaque position est un vœu de l'ordre, que les lois, qui enchaînent la force, ont été créées par elle ? Il ne faut point douter, si cela eût été, qu'elles ne conservassent encore des traces de cette funeste origine. Si je les voyais s'armer en faveur de l'injustice et de la force contre la faiblesse et l'équité, je dirais : elles sont l'ouvrage de la force et de la violence. Je les vois, au contraire, défendre toujours le faible contre le fort, et toujours examiner les titres et les droits avant de prononcer sur les prétentions ; et je dis : elles sont l'ouvrage de la raison, et c'est par la raison qu'elles doivent étendre leur empire. On ne concevra jamais par quel prodige absurde elles auraient tourné toute leur autorité contre le principe même de leur puissance. L'auteur d'un ouvrage qui a fait quelque bruit à sa naissance, l'auteur de la *Théorie des lois civiles*, nous dit qu'elles protégent toujours les riches contre ceux qui n'ont rien, et les grands et les puissans contre ceux qui ne peuvent rien ; ou je comprends mal cet auteur, ou cela veut dire que les lois ne permettent pas à ceux qui n'ont rien, de voler ceux qui possèdent de grandes fortunes, et à ceux qui sont dans les dernières classes de la société, de ne pas rendre les hommages qui sont dus à ceux qui occupent les premières. Je conviens que cela est vrai ; mais je ne vois pas que ce soit là un grand reproche à faire aux lois. Les lois n'ont eu en vue, ni les riches, ni les pauvres, ni les grands, ni les petits ; elles ont établi la propriété, et elles veulent la faire respecter ; elles ont créé un ordre social, et elles doivent le maintenir. La paresse et l'inhabileté des uns, l'activité et le génie des autres, ont produit ensuite, dans la société, des riches et des pauvres. Quelques citoyens ont acquis d'immenses fortunes, mais par des voies légitimes : les lois respectent en eux, non les hommes riches et la fortune, mais le droit de propriété. Si le pauvre se plaint de ce que les lois lui défendent d'entrer dans les greniers et les trésors du riche, les lois peuvent lui répondre : nous ne nous sommes point engagées à verser sur toi des richesses ; nous t'avons promis seulement de te garantir la jouissance tranquille de celles que tu auras acquises toi-même ; que le besoin te donne de l'industrie, et l'industrie de la fortune : nous serons les protectrices de tes trésors, et tu reconnaîtras alors que nous sommes justes et bienfaisantes.

Je conviens que, lorsque les mœurs sont corrompues, la justice paraît souvent à la solde du riche, et que l'homme qui possède, pour ainsi dire, des provinces, vole alors impunément un coin de terre à l'homme pauvre; mais cela prouve l'iniquité du magistrat, et non pas l'injustice de la loi. La loi est toujours équitable, mais elle est violée; et ce crime même, dont l'auteur de la *Théorie des lois civiles* voudrait la rendre responsable, démontre à merveille combien son empire est juste et nécessaire.

S'il était vrai d'ailleurs que la force fût le seul titre constitutif du pouvoir de la société sur ses membres, il serait trop dangereux de révéler ce secret de son injustice primitive. Où se trouve en effet aujourd'hui la réalité de la force? Est-ce dans la multitude qui obéit, ou dans le petit nombre qui commande? Lorsque des milliers d'hommes se prosternent devant un seul homme, est-ce la force qui les courbe à ses pieds? Pas davantage que ce n'est la force du grain de sable où se brise la mer, qui en arrête la fureur. La multitude obéit, parce qu'elle espère toujours trouver le bonheur dans l'obéissance; c'est donc par le choix d'une volonté libre, qu'elle a commencé à obéir: de quelque côté qu'on envisage cette question, on parvient toujours au même résultat.

En convenant que les choses ont dû se passer ainsi dans le moment de la formation des sociétés, quelques écrivains ont prétendu que cette liberté de choix n'a pu être le partage que de ceux qui ont formé le corps social; que leurs descendans sont nécessairement soumis aux lois qu'ils ont prononcées, et que nous sommes à jamais les esclaves de cet usage unique qu'ils ont fait de leur liberté. Ils veulent nous faire regarder les lois de nos pères comme les dispositions d'un testament qu'il faut nécessairement exécuter.

En suivant même cette comparaison d'un testament, qui me paraît très-fausse, on pourrait dire que, si leurs lois sont un héritage, il doit nous être permis au moins de le répudier, lorsque nous le trouvons grevé de conditions trop onéreuses. Mais ceci demande un examen plus sérieux.

Je ne veux point dissimuler que les premiers fondateurs des empires semblent avoir eu un très-grand avantage sur leur postérité. Pour eux, la volonté générale, qui forme la Souveraineté, fut la collection des voix réellement données par chacun; pour leur postérité, cette volonté ne semble être générale que d'une manière fictive. Comme nous ne prononçons point le consentement, on est tenté de croire que nous ne le donnons pas; et les esclaves et les tyrans se sont empressés de conclure que l'autorité en était indépendante.

Pour leur faire voir le contraire, il faudrait que chaque nouveau citoyen, dont la nature ou l'émigration enrichit le corps social, comparût devant la société même, et fît ses conditions avec elle dans l'appareil et la majesté qu'exigerait un pareil acte. C'est demander l'impossible dans les grands empires, surtout comme la Monarchie française; mais nos lois ont des moyens aussi sûrs, quoique moins éclatans. Pour étendre leur autorité toute entière sur les citoyens qui viennent de naître, elles attendent qu'ils soient parvenus à l'âge où la raison perfectionnée peut leur faire connaître l'étendue des engagemens qu'ils prennent avec elles: elles attendent, en un mot, pour exiger d'eux qu'ils remplissent toutes les conditions du contrat social, qu'ils soient arrivés à l'âge de majorité, qui rend tous les autres contrats valides. Jusqu'à cette époque de la vie de l'homme, la protection qu'elles lui accordent est bien plus étendue que les devoirs qu'elles lui imposent. Leur autorité est toute de bienfaisance. On dirait qu'elles ont en vue, par tous les services qu'elles lui rendent, d'obtenir de lui, pour le corps social dont elles sont les interprètes, la préférence qu'il sera maître de donner à toutes les sociétés de la terre: jusqu'à ce moment, elles ne voient point encore en lui un citoyen, et elles n'exigent avec rigueur de lui aucun des devoirs que ce titre impose: elles le regardent simplement comme un homme, et ne lui imposent que le joug du droit naturel, que l'homme porte, dans tous les temps, gravé dans son ame. S'il en devient l'infracteur, la société, dont ses crimes renverseraient l'ordre, s'arme sans doute contre lui; mais alors c'est plus un être mal conforme qu'elle détruit, qu'un citoyen coupable qu'elle punit. L'homme et la société ne s'appartiennent entièrement l'un à l'autre, la balance de leurs droits et de leurs devoirs réciproques ne devient égale, que lorsqu'après la majorité, l'homme a, pour ainsi dire, signé le contrat d'association que lui présentaient les lois.

Mais nous avons déjà dit qu'on ne passe plus de contrats semblables: comment est il donc possible de reconnaître le moment où l'homme prend volontairement lui-même le joug des lois? Quel est le signe par lequel il manifeste son consentement? C'est le choix du domicile. Toutes les fois qu'après avoir atteint cet âge où la raison lui donne une volonté légale, l'homme établit son domicile en quelque lieu, il ne lui reste plus de liberté que celle que lui reconnaissent les lois qui règnent sur son do-

micile; mais l'homme existe en quelque sorte partout où il a quelque chose; la propriété semble avoir étendu son existence sur tous les objets dont les lois lui assurent l'exclusive possession; et c'est pour cela qu'il est soumis, pour les biens qui lui appartiennent, aux lois qui veillent sur ce bien; comme pour sa personne, aux lois qui veillent sur lui-même. Toute puissance qui se fonde sur ces deux principes, est juste et légale; mais toutes celles qui voudraient dominer l'homme, sans en avoir reçu le droit de l'autre de l'une ou de ces deux manières, seraient des puissances tyranniques, dont il aurait le droit de secouer le joug du moment qu'il le pourrait.

Il est si vrai que c'est par le choix du domicile que l'homme entre dans la société, que tous ceux qui ne peuvent se faire un domicile, ou qui ne le veulent pas, ne jouissent point, parmi nous, de la protection que la société doit à ses membres. Tous ceux que nous appelons *errans et vagabonds*, sont condamnés à des peines par nos ordonnances, même sans s'être rendus coupables. Ils sont condamnés, parcequ'ils sont *errans et vagabonds*. Ce n'est point là sans doute un jugement légal, tel qu'on en doit prononcer sur des citoyens; ce ne peut être qu'un acte de puissance. La société regarde comme des ennemis tous ceux qui prétendent vivre dans son sein sans entrer dans son contrat, sans prendre, par le domicile, les obligations qu'elle impose.

Il ne s'agit point ici de justifier cette disposition de nos ordonnances; mais elle démontre avec évidence que la société ne regarde comme ses membres et ses enfans, que ceux qui se sont joints, par le domicile, à l'acte général de sa formation.

On doit comprendre actuellement combien il importe de bien connaître ce qui établit parmi nous le domicile. On croit communément que cet objet ne regarde que le droit civil, et l'on vient de voir qu'il tient aux plus grands principes du droit politique. On a parlé ailleurs du domicile: je n'en dirai ici que deux mots, en le considérant dans le rapport qu'il a avec la question que je viens d'examiner. C'est la volonté libre et constante d'habiter dans un lieu, qui forme le domicile. Si cette volonté paraît clairement, un seul jour l'établit; si cette volonté ne se montre point, la moitié de la vie, la vie entière écoulée dans une habitation, ne peut former un domicile. *Comme le domicile*, dit Ferrière, *consiste plus dans la volonté que dans le fait, ceux qui ne sont pas maîtres de leurs volontés, ne peuvent pas se faire un domicile.* Il ne s'établit de domicile, dit le chancelier d'Aguesseau, que lorsqu'on voit dans celui qui choisit une demeure, la volonté libre d'y rester perpétuellement, *perpetuâ morâ*. Les mineurs n'ont point de domicile, parceque la loi, comme nous l'avons vu tout à l'heure, ne leur reconnaît point de volonté. Les femmes n'ont point de domicile différent de celui de leurs maris, parceque la loi ne leur permet pas d'avoir une volonté différente. Ceux que le service de l'État expatrie, conservent leur domicile naturel au milieu des nations étrangères; et nos ambassadeurs en Angleterre, par exemple, la loi ne les voit qu'en France. Ces exemples disent mieux que tout ce que je pourrais ajouter, ce que je voulais faire comprendre.

Qu'il me soit permis d'observer ici combien la plupart des philosophes qui ont écrit sur nos lois sans les connaître, ont été injustes envers elles. Ils ont crié au despotisme et à la barbarie. En les méditant, on leur découvre quelquefois des vues pleines de sagesse et de respect pour la liberté; mais il faut les méditer; il faut s'ensevelir dans des ruines, pour y prendre le dessin d'un édifice écroulé depuis des siècles, et dont on n'a relevé que quelques parties. Ce travail est pénible; et l'imagination, ouvrière toujours impatiente et hardie, aime mieux lever le plan d'un nouvel édifice. Peut-être a-t-elle raison: mais cela ne dispense pas d'être juste, et de distinguer ce qui est bien de ce qui est mal.

§. V. *Quelles sont les occasions dans lesquelles la Souveraineté d'une nation peut, avec justice, exercer son pouvoir sur des étrangers?*

I. Comme nous l'avons déjà dit, il n'est pas très-aisé de répondre à cette question. Pour y répandre quelque jour, il faut bien distinguer les occasions.

Supposons un Anglais à Paris, et plaçons-le dans toutes les circonstances où il peut se trouver relativement au pouvoir des lois de notre monarchie.

II. 1° Il peut traiter avec des Français, et avoir avec eux des démêlés d'intérêt; dans ce cas, nos tribunaux ont sans doute le pouvoir de le juger; d'abord, parcequ'un Français doit trouver de la protection dans ses juges naturels, contre des étrangers aussi-bien que contre ses concitoyens; ensuite, parcequ'une nation qui connaît les devoirs de la justice naturelle, doit défendre un étranger contre les injustices de ses citoyens. Il est pour les étrangers une sorte de domicile passager qui les fait entrer pour quelque temps dans le

corps social de la nation qu'ils visitent. Les liens de l'humanité tiennent ici lieu des nœuds sacrés qui attachent des citoyens à la patrie.

[[*V.* l'art. 14 du Code civil, rapporté et expliqué au mot *Etranger*, §. 2.]]

III. 2° Cet Anglais peut traiter et avoir des démêlés en France avec des Anglais comme lui. Si les deux parties réclament l'autorité de nos lois, nos tribunaux ont incontestablement le pouvoir de les juger : ce pouvoir leur est donné par le principe le plus sacré de tous les pouvoirs de la terre, le consentement de ceux qui s'y soumettent. C'est en quelque sorte un arbitrage de la justice ; mais ses arbitrages ne peuvent être que des arrêts.

Quand même l'un de ces Anglais déclinerait l'autorité de nos tribunaux, on peut avec justice, l'obliger à s'y soumettre : il ne lui est pas permis de donner le scandale et l'exemple de la mauvaise foi à la nation qui l'a admis parmi ses enfans. Il faut que tout soit juste dans un pays où les lois règnent.

Ici, cependant, quelques difficultés commencent déjà à s'élever. Si ces deux Anglais ont contracté suivant l'esprit de leurs lois nationales, on ne peut pas les juger par nos lois ; d'un autre côté, nos magistrats ne sont pas les organes des lois anglaises ; et il n'est pas probable non plus qu'ils les aient assez étudiées, pour que leur vertu puisse se contenter des lumières qu'ils ont puisées dans une législation étrangère. Nous reviendrons tout à l'heure sur cet objet : il suffit ici de l'avoir indiqué. Mais ce n'est pas tout ; ce n'est pas de leurs lumières seulement qu'ils doivent douter : la sagesse, qui doit quelquefois douter d'elle-même, leur ordonne de ne pas trop se confier dans leurs sentimens. L'intérêt que les juges prennent naturellement à leurs concitoyens, leur fait porter dans leurs jugemens un amour plus vif de la justice. Des étrangers n'inspirent pas cet intérêt. On examinera leur cause avec quelque indifférence, et on sera exposé à rendre un arrêt, non pas injuste, mais faux et mal vu. Si ces étrangers sont d'une nation rivale, le danger est infiniment plus grand encore. Qui sait si l'amour même de la patrie, sentiment que le magistrat doit avoir comme le guerrier, ne lui fera pas porter sur le tribunal de la loi, la haine d'une nation ennemie de la sienne? Ce danger a été reconnu de tous les temps, et quelques peuples y ont cherché des remèdes.

Dans les premiers siècles de notre monarchie et de presque tous les états de l'Europe, les juridictions n'étaient jamais que personnelles ; et partout on donnait à des étrangers des juges qui étaient leurs concitoyens. Nous avons encore cet égard envers les nations qui l'ont toujours mérité. Les Suisses militaires, parmi nous, ne sont jamais jugés que par des Suisses.

[[Abstraction faite de ces dispositions particulières, la règle générale est que deux étrangers qui ont contracté en France, ne peuvent pas se traduire l'un l'autre devant les tribunaux français. Cette règle, et les exceptions qui la modifient, sont expliquées au mot *Etranger*, §. 2.]]

IV. La justice et la nécessité de la sujétion des étrangers à nos lois criminelles, sont bien plus sensibles encore. Il serait inutile d'avoir des lois et des magistrats qui veillent à l'ordre et au bonheur d'une société, si leur autorité ne pouvait enchaîner et punir indistinctement tous ceux qui voudraient y porter le malheur et le désordre. Elle est dans tout corps social, cette autorité ; elle n'a pas besoin du consentement de celui qu'elle frappe, pour être juste et légale ; ou plutôt ce consentement est censé lui avoir été donné dès le moment qu'on s'est mis à sa portée. Dès qu'un homme a touché le sol de l'empire étranger, dès le premier pas qu'il y a fait, il a juré de respecter les lois et l'ordre établi parmi ceux qui l'habitent. Ce n'est qu'à cette condition que l'entrée lui en a été ouverte. [[Aussi l'art. 3 du Code civil porte-t-il « que les lois de police et de » sûreté obligent tous ceux qui habitent le » territoire »]]. Cependant, dans ce cas-ci, comme dans le précédent, il est des peuples qui ont reconnu la difficulté d'être aussi justes envers les étrangers qu'envers les nationaux ; et, malgré les rivalités éternelles des deux nations, la Souveraineté de la Grande-Bretagne fait toujours monter des Français sur ses tribunaux, lorsque des Français y doivent subir l'épreuve des lois criminelles.

V. Nous voici parvenus au cas qui a donné lieu au problème que nous avons annoncé. Il importe de le bien poser. Il se divise en deux questions.

1° Je suppose que l'Anglais que j'ai déjà mis en scène, ait pris des engagemens quelconques en Angleterre avec un Anglais suivant l'esprit et les formes des lois Anglaises. Il ne peut les remplir ; il dit même qu'il ne le doit pas ; et, près d'être appelé devant les tribunaux de sa patrie, il fuit et se réfugie en France : l'Anglais, avec lequel il a contracté, le poursuit dans son asile, et l'assigne devant nos tribunaux. Nos tribunaux ont-ils le droit de juger cette affaire?

2° Je suppose encore que ce même Anglais ait commis un crime en Angleterre ; on vient

l'attaquer devant notre justice : a-t-elle un pouvoir légal de le punir?

On voit que c'est la même question considérée sous le double rapport des lois civiles et des lois criminelles; mais cette division, comme on le verra, était très-essentielle.

VI. Avant d'examiner, dans la première question, si nos tribunaux ont le droit de juger cet Anglais, cherchons les effets qui pourront résulter de leurs jugemens. S'ils sont heureux, on sera porté naturellement à reconnaître leurs droits; s'ils peuvent être funestes, on doit présumer aussi que ce pouvoir ne leur appartient pas.

J'ai déjà parlé de ce qui résulterait de la diversité des lois chez les deux peuples; si nous approfondissons cette idée, elle a de quoi nous effrayer. A peine les lois romaines furent-elles découvertes à Amalfi, que la France, qui déjà marchait vers l'agrandissement de la puissance royale, les reçut avec empressement, comme si elle eût prévu que les principes semés dans cette compilation par les empereurs absolus de Rome, concourraient à donner à nos souverains un pouvoir qui n'aurait plus de bornes. La Grande-Bretagne, au contraire, qui déjà désirait une constitution libre, pressentit, comme par un instinct sublime de liberté, que des lois destinées à des sujets, ne pouvaient convenir à des citoyens : elle comprit qu'elle serait arrêtée dans le chemin qui la conduisait à grands pas vers l'indépendance, si elle laissait introduire dans son sein des lois qui consacraient la soumission la plus lâche comme un devoir et une vertu; des lois qui avaient servi d'instrument pour tout avilir, tout abattre, tout détruire. Sous les empereurs de Rome et de Bizance, on déploya l'autorité et les menaces du trône et des autels, pour le forcer à les recevoir; et pour s'en défendre, elle fut plusieurs fois prête à se porter à ces mouvemens terribles de fureur, qui ont épouvanté les peuples au recit des vengeances de leur liberté attaquée; et qui, pour elle-même, ont toujours eu des suites si heureuses, parceque, comme dit Montesquieu, les revolutions de la liberté ne produisent jamais que la liberté. Les juges français sont donc en général pleins de respect et d'admiration pour les lois romaines; et, au contraire, les juges anglais, en général, n'ont pour elles que du mépris, et même de la haine. D'un autre côté, les deux nations, ont des lois coutumières aussi opposées que l'esprit et le caractère des peuples qui les ont produites. Ils n'ont rien de commun qu'une seule chose : c'est que les lois civiles de l'un et de l'autre sont si horriblement multipliées et jetées avec tant de désordre dans une foule de recueils, que la vie entière d'un homme suffirait à peine pour connaître chaque législation.

Les deux Anglais se présentent donc devant un de nos tribunaux. Suivant quelles lois les jugera-t-on?

Suivant les lois romaines ou les lois coutumières que nos magistrats ont étudiées toute leur vie? Cela serait injuste, et même absurde. L'affaire s'est passée en Angleterre entre deux Anglais, et sous l'empire, dans les formes et selon le vœu des lois anglaises.

Essaiera-t-on de les juger selon les lois de la Grande-Bretagne? Mais nos magistrats qui ont eu besoin de toute leur vie pour connaître les nôtres, doivent presque toujours absolument ignorer celles des Anglais. S'ils tentent d'en prendre rapidement quelque connaissance, ils en comprendront mal l'esprit, parcequ'ils l'interpréteront toujours, malgre eux, avec l'esprit de la législation française. Presque toujours celui qui devrait gagner sa cause, la perdra, parcequ'il sera jugé par des lois opposées aux lois sous lesquelles il a contracté. Dans cet ordre singulier de juridiction entre les peuples, les vertus seraient des piéges pour le magistrat vertueux, et les lumieres ne serviraient qu'à égarer le magistrat éclairé

Cet inconvénient est affreux; mais il pourrait y en avoir de plus affreux encore.

Si chaque peuple s'attribuait le droit de juger les étrangers, il faudrait nécessairement qu'il s'établit, par l'opinion du moins, un ordre de compétence dans la juridiction des peuples; mais cet ordre, comment l'établir d'une manière précise, puisque l'opinion, qui a toujours quelque chose de vague et d'incertain, en serait l'unique règle? Lorsque des contestations de competence s'élèvent entre les tribunaux d'un même état, il est toujours au-dessus des plus élevés, une autorité suprême qui les termine par des voies judiciaires et pacifiques. Mais s'il s'élevait des contestations semblables entre des tribunaux de nations différentes, quel tribunal supérieur pourrait prononcer entre leurs prétentions? Pour les terminer en paix et sous des formes judiciaires, il faudrait commencer par créer cette diète de l'Europe que demandait l'abbé de Saint-Pierre : mais on sait que cette idée, comme presque toutes les autres du même auteur, n'a paru que le rêve d'un homme de bien. Sans trop exagérer les choses, nous pouvons croire qu'il y aurait une foule d'occasions où chaque puissance soutiendrait ses tribunaux, et le genre humain n'a que trop appris comment les puissances soutiennent leurs droits et leurs prétentions.

Je crois donc avoir prouvé que le pouvoir

de juger des étrangers et des affaires étrangères, serait une source de querelles et de divisions entre les Souverainetés de l'Europe : si ce pouvoir est funeste, c'est déjà une forte présomption de son injustice; mais, dans ces matières, on ne fait rien lorsqu'on s'arrête à la présomption; il faut toujours venir à la preuve.

Nous avons reconnu trois sources legitimes du pouvoir que la Souveraineté d'un peuple peut exercer sur l'homme : 1° le consentement formel donné par l'homme au moment où se créait cette Souveraineté; 2° le consentement tacite donné par le choix du domicile dans un pays où la puissance souveraine est déjà depuis long-temps formée; 3° le consentement conditionnel que donne un étranger par une espèce de domicile temporaire, pour tout le temps qu'il passera chez une nation qui n'est pas sa patrie.

Si l'Anglais dont nous parlons, n'est pas dans l'une au moins de ces trois positions, on ne peut exercer sur sa personne aucun pouvoir judiciaire.

Or, il est évident qu'il n'est pas dans la première; car il entre dans un empire formé depuis des siècles. Il est évident qu'il n'est pas dans la seconde, car il n'a pas le dessein de demeurer perpétuellement parmi nous : il n'a pas cette volonté de *perpetuâ mora*, qui établit le domicile. Il ne peut donc être que dans la troisième de ces positions; et au premier coup-d'œil, on croirait qu'il s'y trouve; il n'y est pourtant pas. Si c'est le domicile *transitoire* de l'étranger, comme parlent les jurisconsultes, qui constitue l'autorité *passagère* qu'on a de le juger, cette autorité ne commence qu'au moment où commence aussi cette espèce de domicile : il ne commence non plus que pour les faits postérieurs au moment où il s'établit : aucune puissance légale ne peut avoir d'effet rétroactif; les lois laissent toujours le passé tel qu'il est; elle ne disposent que de l'avenir. Cet Anglais, appelé devant nos tribunaux pour une chose antérieure à l'établissement de son domicile parmi nous, ne peut donc être jugé ni par nos lois, ni par nos magistrats. Ce serait dire à la fois, et qu'on tient ce pouvoir de son domicile, et qu'on l'avait cependant avant son domicile.

[[Est-il bien vrai qu'un étranger ne puisse pas avoir en France un domicile proprement dit et qui le rende justiciable des tribunaux français à raison des obligations qu'il a contractées dans sa patrie? *V.* les articles *Domicile*, §. 13, et *Étranger*, §. 2.]]

VII. Changeons de tribunal, et faisons passer cet Anglais de la grand'chambre où l'on jugeait sa fortune, à la tournelle où l'on va prononcer sur sa vie : je suppose que, prêt à être interrogé sur un crime commis en Angleterre, il va parler lui-même à nos juges. On va voir combien les malheurs et les injustices qui naissent en foule, même en matière civile, vont paraître plus nombreux et plus effrayans encore en matière criminelle. Cet Anglais pourrait donc dire à nos magistrats :

« Que me voulez-vous? Pourquoi m'avez-vous enlevé ma liberté, après vous être engagés de la défendre en me recevant dans votre sein? Me suis-je rendu coupable de quelque forfait depuis que je vis parmi vous? Si le crime dont je suis accusé, je m'en étais souillé dans ma patrie, je ne devrais répondre qu'aux juges de ma patrie. Où sont-ils? Je ne puis les voir en vous, et vous ne prétendez pas sans doute les représenter. Vous n'avez, ni les mêmes *lois*, ni la même autorité, ni les mêmes moyens de reconnaître l'innocence. D'un cachot infect où l'on me faisait respirer la mort, avant qu'on ait fait la moindre recherche pour savoir si je la méritais, je suis conduit dans ce lieu secret où je cherche en vain un homme dont la présence puisse me rassurer.

» Vos lois criminelles ont eu tant de confiance dans l'humanité des magistrats, leurs organes, qu'elles ont cru pouvoir être soupçonneuses et sévères, sans jamais exposer l'innocence : elles séparent un accusé de l'humanité entière, parcequ'elles sont sûres qu'il trouvera les sentimens et la pitié généreuse de l'humanité entière dans l'ame de ses juges; elles le privent de tout défenseur, parcequ'elles savent que ses juges seront pour lui les défenseurs les plus humains et les plus éclairés. Cette rigueur extrême de vos lois est sans doute le plus bel hommage qu'on ait pu rendre à leurs ministres; mais moi, je n'ai pu connaître encore par moi-même ces vertus douces qui vous rendent si chers et si respectables à l'humanité : je suis accoutumé à ne mettre ma confiance que dans les lois; et quand les lois menacent, les hommes ne peuvent me rassurer : dans ma patrie, on m'eut donné des défenseurs qui auraient prêté le secours de leur raison tranquille à ma raison troublée par l'effroi d'une accusation qui peut conduire l'innocent même sur l'échafaud; ils m'auraient défendu contre mes accusateurs et contre moi-même; car, dans l'effroi de mon ame, je puis m'être aussi funeste que mes accusateurs.

» Les témoins qui doivent prouver mon crime, d'où les ferez-vous venir? Les recevrez-vous de la main de mes accusateurs? Les ferez-vous venir d'un royaume étranger? Mais, comment pourrez-vous vous assurer, à cette

distance, que la main qui vous les présentera, ne les aura pas corrompus? Mais, puisque, dans les faits mêmes qui se passent sous vos yeux, vous voyez la vérité s'égarer et se perdre dans les témoignages des hommes, comment osez-vous espérer qu'elle arrivera pure et sans altération jusqu'à vous, en traversant les mers et les royaumes? Dans ma patrie, mes juges auraient été près de la vérité; dans ma patrie, on m'eût permis d'opposer aux témoins qui m'attaqueraient, des témoins qui m'auraient défendu. Votre loi ne vous permet pas de me faire jouir de cet avantage qui semblerait être si nécessaire: elle le donne à ceux qui défendent leur fortune, mais pas à ceux qui défendent leur vie?

» Où suis-je? Je cherchais un asile, je suis réduit à réclamer comme des asiles, les tribunaux que j'avais l'imprudence de fuir. Mais si, dans l'intégrité même de vos cœurs, vous pouviez croire que je mérite le dernier supplice, oseriez-vous en prononcer l'arrêt? Des sages vous ont dit que la société n'a le droit de prononcer la peine de mort, que comme dans la guerre on a le droit de tuer celui qui tue: mais moi, ce n'est pas à vous que j'ai pu faire la guerre; ceux que mon prétendu crime a rendus mes ennemis, sont ailleurs; c'est donc ailleurs que mon supplice pourrait être juste.

» Mais, en outre, quel est l'objet de la justice, en présentant à une populace effrayée le spectacle désolant des tortures d'un coupable? C'est d'unir fortement dans les imaginations ébranlées par la terreur, l'idée du crime et du supplice; de mettre entre ces deux actes la nécessité qui lie la cause à son effet. Mais votre peuple ne connaît ni mon nom ni mon crime; je ne suis point accusé d'avoir enfoncé le poignard dans le sein d'un Français; je n'ai pu ni épouvanter ni corrompre votre peuple: il ne demande point vengeance, et il n'a pas besoin d'exemple. De quel œil croyez-vous qu'il verrait traîner à l'échafaud un homme dont il n'entendrait parler que par l'arrêt qui l'enverrait à la mort, un homme qui n'a pas fait le mal chez lui; et qui, peut-être venait y mériter, par des vertus extraordinaires, le pardon du ciel et de la terre? Ah! Tremblez que ce peuple, qui, dans toutes les exécutions, gémit sur la perte de deux hommes, ne gémisse encore plus de ne voir dans celle-ci qu'un seul meurtre ».

Je ne vois guère de réponse à ce discours.

Presque toutes les autorités des jurisconsultes et des arrêts sont en faveur de l'opinion que je tâche d'établir.

Quoiqu'il ne fût guère dans le génie des législateurs romains de mettre des bornes à leur puissance; quoique, sous ces conquérans du monde, le droit des Romains fût devenu le droit du monde entier, on trouve cependant dans leur Code, des lois qui consacrent les principes que nous avons développés. Les délits, dit l'empereur Théodose, ne peuvent être punis que dans les lieux où ils ont été commis: *Oportet enim illic criminum judicia agitari, ubi facinus dicitur admissum.*

En agitant sous ces deux rapports des lois civiles et des lois criminelles, la question que nous avons discutée, Bodin, dans sa *République*, Charondas, dans ses *Pandectes du droit français*, Mornac, dans ses Commentaires, décident unanimement qu'un tribunal ne peut prendre connaissance des faits et des actes passés entre des étrangers et dans une terre étrangère.

Les docteurs ultramontains les plus renommés ont aussi décidé que, dans des cas semblables, les tribunaux n'avaient que le pouvoir de renvoyer les parties aux tribunaux de leur pays: *Fatebitur enim in hâc specie*, dit Covarruvias, *ad locum delicti remittendum fore.* Farinacius, Balde, Alexandre et Julius Clarus professent la même doctrine.

Il y a plus: un jurisconsulte, qui n'était pourtant que jurisconsulte, a osé dire qu'on n'avait pas même le pouvoir de renvoyer devant les tribunaux des lieux du délit; il l'a décidé dans l'espèce la plus défavorable à notre opinion. Un Florentin ayant commis un assassinat en Angleterre, s'était réfugié à Rome, et le roi d'Angleterre revendiquait le coupable. On le lui refusa; et c'est à ce sujet qu'Olnade prononce en thèse générale: *delinquens in regno Angliæ, existens in curiâ Romanâ, ad regem Angliæ per suas litteras non debet remitti.*

Les auteurs du *Journal du palais*, qui méritent bien autant de déférence que tous ces docteurs ultramontains, distinguent deux cas:

Le premier, dans lequel le crime aurait été commis en pays étranger, mais sur un Français: dans ce cas, ils pensent qu'on peut faire le procès en France au coupable. Ils rapportent un arrêt qui l'a ainsi jugé; mais ils ajoutent que cette question souffrit beaucoup de difficultés; et Airault, dans son *ordre judiciaire*, reste dans l'opinion opposée, en rapportant cet arrêt. Il présume qu'il fut déterminé par des circonstances qui sortaient absolument de la thèse générale.

Mais dans le cas d'un crime commis hors de France par des étrangers sur des étrangers, nos juges n'en peuvent connaître, disent les auteurs du *Journal du Palais*.

Ils rapportent un arrêt du parlement d'Aix, qui renvoya à Gênes deux Génois, dont l'un avait dénoncé l'autre à ce parlement, pour un fait passé à Gênes.

Il est vrai qu'ils rapportent aussi un arrêt du parlement de Paris, qui condamna deux Siennois pour un vol fait à Venise; mais 1° l'espèce était différente : le crime commis à Venise avait, en quelque sorte, été renouvelé en France par une vente publique des effets volés; 2° les auteurs du Journal du palais ont établi leur opinion en connaissant cet arrêt, et en thèse générale; ils ont donc décidé que cet arrêt d'exception ne combattait point le principe général. Boutaric, Despeysses et le président Bouhier sont du même avis.

Je finis, mais en finissant, qu'il me soit permis d'ajouter à toutes ces autorités de jurisconsultes, l'autorité de Loke, qui, dans son *Gouvernement civil*, a approfondi les principes des lois, comme notre Montesquieu. « L'autorité législative, dit Loke, par laquelle » les lois ont force de lois au regard des sujets » d'une certaine République et d'un certain » Etat, n'a assurément nul pouvoir et nul droit » au regard d'un étranger. Ceux qui ont le » pouvoir souverain de faire des lois en Angle- » terre, en France, en Hollande, sont, au re- » gard d'un Indien, aussi bien qu'au regard de » tout le reste du monde, des gens sans auto- » rité ». (M. Garat.) *

[[VIII. Le Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4, contenait, sur cette question, les dispositions suivantes :

« Art. 11, Tout Français qui s'est rendu coupable, hors du territoire de la république, d'un délit auquel les lois françaises infligent une peine afflictive ou infamante, est jugé et puni en France, lorsqu'il y est arrêté.

» 12. Sont, dans les mêmes cas, jugés et punis en France, les étrangers qui ont contrefait, altéré ou falsifié, hors du territoire de la république, soit la monnaie nationale, soit des papiers nationaux ayant cours de monnaie, ou qui ont exposé sciemment hors du territoire de la république, soit des monnaies nationales contrefaites ou altérées, soit des papiers nationaux ayant cours de monnaie, contrefaits ou falsifiés.

» 13. A l'égard des délits de toute autre nature, les étrangers qui sont prévenus de les avoir commis hors du territoire de la république, ne peuvent être jugés ni punis en France.

» Mais, sur la preuve des poursuites faites contre eux dans les pays où ils les ont commis, si ces délits sont du nombre de ceux qui attentent aux personnes ou aux propriétés, et qui, d'après les lois françaises, emportent peine afflictive ou infamante, ils sont condamnés par les tribunaux correctionnels à sortir du territoire français, avec défenses d'y rentrer, jusqu'à ce qu'ils se soient justifiés devant les tribunaux compétens ».

Mais ces dispositions sont modifiées par le Code d'instruction criminelle de 1808. *V.* l'article *Extradition*.

IX. Par qui doit être jugé un militaire français qui, marchant avec son corps dans un pays ami ou neutre, s'y rend coupable d'un crime auquel participent des habitans de ce pays?

Cette question s'est présentée à l'occasion d'un crime commis dans le royaume d'Italie, par des Italiens et des militaires français. On prétendait appliquer à ce cas la disposition de la loi du 22 messidor an 4, suivant laquelle, « si, parmi deux ou plusieurs prévenus du » même délit, il y a un ou plusieurs mi- » litaires, et un ou plusieurs individus non » militaires, la connaissance en appartient » aux juges ordinaires »; et l'on soutenait, en conséquence, que les juges ordinaires du royaume d'Italie devaient juger les militaires français comme les Italiens.

Mais, par décret du 21 février 1808, le chef du gouvernement, après avoir entendu son conseil d'état, a prononcé en ces termes : « Tout militaire sous les drapeaux, marchant » avec son corps dans un pays ami ou neutre, » prévenu d'un délit, doit être traduit au » conseil de guerre de la division à laquelle il » appartient ».

Au surplus, *V.* l'article *Jugement*, §. 6, 7 *bis*, 8 et 9, et mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Jugement*, §. 14, 15 et 17.

§. VI. *Lorsque deux Souverainetés distinctes sont gouvernées par le même prince, quels sont, dans l'une, l'état et les droits des citoyens de l'autre? Quels sont, dans celle-ci, les effets des actes de gouvernement ou de juridiction faits pour celle-là?*

Cette question, déjà traitée dans le plaidoyer du 28 ventôse an 13, rapporté à l'article *Testament*, sect. 2, §. 3, art. 8, s'est représentée depuis dans une espèce qui ne peut plus se reproduire, puisque les couronnes de France et d'Italie ne reposent plus sur la même tête, mais que nous n'en devons pas moins retracer ici, parcequ'elles peuvent servir d'exemple pour d'autres états.

Le 7 octobre 1797, Charles-Antoine Rossi,

domicilié à Intra, ville soumise au roi de Sardaigne, fait un testament par lequel, après avoir légué à Irène Gioanetti, son épouse, des joyaux, des pièces d'argenterie et d'autres effets mobiliers, il l'institue héritière universelle, à la charge de rendre son hérédité, lorsqu'elle mourra, à Jean-Baptiste Rossi, son frère.

Le 17 avril 1804, une transaction éteint les contestations qui s'étaient élevées, sur l'exécution de cette substitution, entre Louise Bolzoni, épouse du sieur Morelli, héritière d'Irène Gioanetti, d'une part; Jean-Ange et Charles-Gaudence Regaldi, domiciliés dans le royaume d'Italie, Joseph, Jean-Baptiste et Catherine Gnecco, domiciliés à Gênes, tous légataires universels de Jean-Baptiste Rossi, de l'autre.

Quelque temps après, la dame Morelli croit reconnaître que la substitution sur l'exécution de laquelle a porté la transaction, était nulle, comme faite en contravention à l'édit du roi de Sardaigne du 29 juillet 1797.

De là, deux procès qui sont soumis au tribunal de première instance d'Intra, dans le royaume d'Italie.

Dans le premier, la dame Morelli réclame les joyaux, les pièces d'argenterie et les autres effets mobiliers légués à Irène Gioanetti par le testament du 7 octobre 1797.

Le 23 mars 1808, jugement qui déclare que la dame Morelli a perdu, par la transaction, le droit de réclamer ces objets; et néanmoins lui réserve son action pour faire annuler la transaction elle-même et le testament.

La dame Morelli appelle de ce jugement; mais la cour d'appel de Milan le confirme, par arrêt du 7 août 1809.

Dans le second procès, la dame Morelli demande la nullité de la clause du testament du 7 octobre 1797, qui grève Irène Gioanetti d'une substitution fidéicommissaire, et, par suite, celle de la transaction du 17 avril 1804.

Le 6 février 1809, jugement qui adopte ces conclusions, et, en conséquence, déclare l'hérédité de Charles-Antoine Rossi dévolue à la dame Morelli, par l'intermédiaire d'Irène Gioanetti; ordonne que la dame Morelli sera mise en possession de tous les biens meubles composant cette hérédité; et condamne les légataires universels de Jean-Baptiste Rossi à payer à la dame Morelli une somme d'argent dont il s'était reconnu débiteur envers son père, par un testament du 27 avril 1788.

Les légataires universels de Jean-Baptiste Rossi appellent de ce jugement, mais sans succès; par arrêt du 11 novembre 1809, la cour d'appel de Milan le confirme dans tous ses points.

Le 7 avril 1810, la dame Morelli fait assigner les frère et sœur Gnecco devant le tribunal de première instance de Gênes, pour voir déclarer exécutoires les jugemens et les arrêts que l'on vient de retracer.

Les frère et sœur Gnecco répondent que ces jugemens et arrêts ayant été rendus dans des tribunaux étrangers contre des Français, ne peuvent avoir aucun effet en France; qu'au surplus, ils ont consacré une grande injustice, en faisant revivre des dettes éteintes depuis long-temps.

Le 22 mai 1810, jugement qui, vu l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, et considérant qu'il contient un principe de droit politique, reconnu dans tous les temps et par toutes les nations; que ce principe n'est pas moins applicable en France aux jugemens rendus dans le royaume d'Italie, qu'aux jugemens rendus dans tout autre pays étranger; qu'à la vérité, le royaume d'Italie est gouverné par le même souverain que l'empire français: mais qu'il n'en est pas moins une Souveraineté étrangère par rapport à la France; déclare la dame Morelli non-recevable dans sa demande.

La dame Morelli appelle de ce jugement à la cour de Gênes.

Le 8 décembre de la même année, arrêt par lequel,

« Vu l'art. 546 du Code judiciaire, ensemble l'art. 2123 du Code civil;

» Attendu qu'il est de principe posé par lesdits articles, que nuls jugemens rendus en pays étrangers, ne peuvent avoir leur exécution en France, s'ils n'ont été déclarés exécutoires par un tribunal français, à moins que des dispositions contraires existent dans les lois politiques et traités;

» Que cette disposition n'est qu'une sanction des anciens principes consacrés par l'art. 121 de l'ordonnance de 1629;

» Que ledit article, qui a été exécuté depuis comme principe de droit commun en France, étant donc parfaitement d'accord avec les lois nouvelles, on ne peut hésiter par conséquent, dans le silence du Code, à le prendre pour guide dans la marche à suivre pour l'exécution des jugemens dont il s'agit, en réservant ainsi aux intimés la faculté de débattre leurs droits comme entiers, surtout si l'on observe qu'une telle mesure tend à la conservation des droits politiques, et qu'en adoptant par contre le système proposé par l'appelante, de rendre exécutoires ces jugemens, par un simple *visa* ou *pareatis*, il en suivrait que la disposition de la loi ne deviendrait qu'une simple forma-

lité absolument inutile, et il réduirait foncièrement les tribunaux à un rôle purement passif, ce qu'il est impossible de supposer ;

» Qu'au surplus, comme il est constant que les tribunaux du royaume d'Italie ont adopté la même règle tracée par ladite ordonnance, ainsi qu'il appert de la circulaire du ministre de la justice du royaume d'Italie, datée du 4 octobre 1808, ce serait blesser par conséquent les droits politiques, et porter atteinte à cette réciprocité, que de vouloir soutenir que l'exécution des jugemens des tribunaux de ce royaume doive avoir lieu *de plano* dans cet empire, tandis que ceux-ci ne voudraient point accorder les mêmes effets aux jugemens émanés des tribunaux de France ; «

» Attendu enfin que, si, par les motifs ci-dessus, la demande de l'appelant ne pouvait être accueillie, comme dénuée de fondement, il ne s'ensuit pas que la demande de l'exécutoire en elle-même ne fût pas recevable ;

» Qu'ainsi, il faut rectifier la rédaction du jugement dont est appel ;

» La cour met l'appellation interjetée par la partie de Gatté, du jugement du tribunal de première instance séant à Gênes, du 22 mai dernier, et ce dont est appel, au néant ; et à fin seulement de rectification du prononcé des premiers juges, prononçant par nouveau jugement, renvoie les parties par-devant le tribunal de première instance de cette ville, pour y procéder sur le fond.... ».

La dame Morelli se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

« Quatre questions (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes du 22 août 1812) nous paraissent appeler, dans cette affaire, l'attention de la cour :

» La première, s'il a été dérogé, par l'art. 546 du Code de procédure et par l'art. 2123 du Code civil, au principe que l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 avait consacré dans l'ancien territoire de la France ;

» La seconde, si ce principe, en supposant que le Code de procédure et le Code civil l'aient laissé intact, peut être invoqué dans les parties actuelles de la France où n'a pas été publié l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 ;

» La troisième, s'il est applicable aux matières de succession et de testament ;

» La quatrième enfin, s'il est applicable à des jugemens rendus contre des Français par des tribunaux du royaume d'Italie.

» Pour résoudre la première de ces questions, nous devons d'abord nous fixer sur les termes de l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, sur la manière dont il a été constamment entendu et exécuté dans les tribunaux français avant le Code civil et le Code de procédure civile, et sur la manière dont était exécuté, à la même époque, dans les pays étrangers, le principe qu'il avait consacré en France.

» L'art. 121 de l'ordonnance de 1629 contient, par rapport aux jugemens rendus en pays étrangers, deux dispositions qui, à la première vue, paraissent tout-à-fait distinctes l'une de l'autre, mais qui, examinées de près, n'en font réellement qu'une seule : *Les jugemens rendus ès royaumes et Souverainetés étrangers, n'auront aucune exécution en France.* Voilà une disposition qui paraît générale, absolue et commune à tous les jugemens rendus dans des Souverainetés étrangères, n'importe qu'ils l'aient été contre des étrangers, ou qu'ils l'aient été contre des Français. Mais écoutons la suite de l'article : *Ains, nonobstant les jugemens, nos sujets contre lesquels ils auront été rendus, pourront de nouveau débattre leurs droits, comme entiers, pardevant nos officiers.*

» Ainsi, du principe établi dans la première disposition, que les jugemens rendus en pays étrangers, ne doivent avoir en France aucune exécution ; la seconde disposition ne tire qu'une seule conséquence, savoir, que les jugemens rendus en pays étrangers, n'empêchent pas les Français qu'ils ont condamnés, de *débattre leurs droits comme entiers* devant les juges nationaux. Donc l'inexécution à laquelle la première disposition réduit les jugemens rendus en pays étrangers, n'a lieu qu'en faveur des Français : donc elle n'a pas lieu en faveur des sujets des puissances étrangères qui pourraient avoir été condamnés par ces jugemens. Donc ces jugemens peuvent, moyennant un *visa* ou un *pareatis* accordé par un juge national, être exécutés en France contre les sujets de puissances étrangères qu'ils ont condamnés, soit qu'ils les aient condamnés au profit de sujets de la domination française, soit qu'ils les aient condamnés au profit d'autres sujets de puissances étrangères. Donc, pour tout dire en deux mots, les juges nationaux peuvent, par un simple *visa* ou *pareatis*, déclarer exécutoires en France les jugemens rendus en pays étrangers, contre des sujets de Souverainetés étrangères ; mais ils ne peuvent jamais déclarer exécutoires en France des jugemens rendus en pays étrangers contre des Français.

» Tel est le sens dans lequel l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 a été perpétuellement entendu avant le Code civil ; nous l'avons prouvé, à votre audience du 7 janvier 1806,

par une foule d'autorités (1), et nous croyons inutile d'insister plus long-temps sur une vérité aussi notoire.

» Dans les pays étrangers, ou du moins dans la plupart, le principe consacré en France par l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, était aussi reconnu ; mais la manière de l'appliquer était différente.

» En France, les jugemens rendus en pays étrangers contre des Français, ne pouvaient être revêtus d'aucun *pareatis ;* ils étaient considérés comme non existans ; les parties qui les avaient obtenus, ne pouvaient en faire aucun usage ; il fallait qu'ils vinssent par nouvelle action, comme si rien n'eût été décidé dans les juridictions étrangères.

» Dans la plupart des pays étrangers, et notamment en Allemagne, le tribunal à qui on s'adresse, avec ou sans des lettres rogatoires, pour l'exécution d'un jugement rendu en pays étranger, peut permettre qu'il soit en effet exécuté dans son ressort ; mais il ne peut le faire, qu'après s'être assuré de la justice et de la régularité de ce jugement.

» Cela se pratiquait aussi dans la république ligurienne. Témoin l'art. 143 de la loi du 11 février 1803, sur l'ordre judiciaire, qui était ainsi conçu : *Est réservée au tribunal suprême la faculté de reconnaître si sont exécutables ou non, dans l'État, les sentences de juges des tribunaux étrangers....., et d'en accorder ou refuser l'exécution, comme ledit tribunal le croit juste.*

» Mais, comme vous le voyez, le résultat de cette manière de procéder est absolument le même que si on regardait le jugement rendu en pays étranger, comme non avenu. Car ne pouvoir exécuter ce jugement qu'après qu'il a été soumis à une révision dans laquelle sont reproduites, comme entières toutes les questions qu'il a décidées, c'est exactement la même chose que ne pouvoir pas l'exécuter du tout, et être obligé de venir par nouvelle action.

» Ces notions posées, voyons ce que règlent, sur cette matière, le Code de procédure et le Code civil.

» L'art. 546 du Code de procédure porte que *les jugemens rendus par les tribunaux étrangers, ne seront susceptibles d'exécution en France, que de la manière et dans les cas prévus par l'art. 2123 du Code civil.*

» Et il est dit, par l'art. 2123 du Code civil, que *l'hypothèque ne peut résulter des jugemens rendus en pays étrangers, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français, sans préjudice des dispositions contraires qui pourraient être dans les lois politiques ou dans les traités.*

» Il résulte bien clairement de ces dispositions que les tribunaux français peuvent déclarer exécutoires en France les jugemens rendus par les tribunaux étrangers.

» Mais le peuvent-ils dans tous les cas, et dans quels cas le peuvent-ils ? Ni le Code de procédure civile, ni le Code civil ne s'expliquent là-dessus.

» Sans doute nous devons conclure de leur silence qu'ils se réfèrent au principe que l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 avait consacré dans notre ancienne législation. Car l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 était, dans notre ancienne législation, une loi purement politique ; et ni le Code civil, ni le Code de procédure civile n'ont dérogé aux lois de cette nature.

» La preuve d'ailleurs, qu'ils n'ont pas dérogé au principe dont il s'agit, c'est que nous trouvons dans le *Bulletin des lois,* un avis du conseil d'état du 30 mai 1806, approuvé le 4 juin suivant, qui suppose évidemment que ce principe est encore dans toute sa vigueur.....(1).

» Vous remarquez, messieurs, que, dans l'espèce sur laquelle a été donné cet avis, les nouveaux Français qui avaient été condamnés en France à des amendes, dans un temps où ils étaient étrangers, soutenaient que, par une juste réciprocité du droit proclamé par l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, en faveur des Français condamnés dans des Souverainetés étrangères, les jugemens rendus en France contre des étrangers, ne pouvaient pas être exécutés dans la Souveraineté à laquelle appartenaient ceux-ci ; et qu'en devenant français depuis que ces jugemens avaient été rendus, ils n'avaient pas perdu l'exception qui leur avait été acquise *ab initio*, contre l'exécution de ces jugemens dans leur domicile. C'est ce que vous aviez en effet décidé *in terminis* (et l'on ne manquait pas d'en faire l'observation dans cette affaire), par un arrêt du 18 thermidor an 12, au rapport de M. Gandon et sur nos conclusions.

» Vous remarquez encore que le conseil d'état reconnaît, par son avis, que votre décision est incontestable *en matière personnelle*, par la raison qu'à cet égard, *les étrangers ne sont justiciables que de leurs juges naturels et domiciliaires ;* et qu'il ne s'en écarte dans l'affaire sur laquelle il prononce, que parcequ'il

(1) V. l'article *Jugement*, §. 8.

(1) V. l'article *Jugement*, §. 9.

y est question de jugemens rendus *en matière de police et de délits*.

» Mais si, par cet avis, le conseil d'état reconnaît qu'en thèse générale, les jugemens rendus en France contre des étrangers, sont sans force dans leur domicile, il reconnaît aussi nécessairement que les jugemens rendus en pays étrangers contre des Français, ne peuvent pas, en thèse générale, être exécutés en France; il reconnaît aussi nécessairement que le principe proclamé par l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, n'est abrogé, ni par le Code de procédure, ni par le Code civil; il reconnaît aussi nécessairement que ce principe est sous-entendu dans l'un et l'autre Code.

» Et par-là, cesse toute difficulté sur la question de savoir quels sont les cas où les tribunaux français peuvent user du droit que l'un et l'autre Code leur supposent de déclarer exécutoires en France les jugemens rendus par les tribunaux étrangers. Il est évident, en effet, qu'ils peuvent, qu'ils doivent même, en user *purement et simplement*, dans les mêmes cas que les anciens tribunaux, c'est-à-dire, toutes les fois qu'il s'agit, soit de jugemens rendus entre étrangers, soit de jugemens rendus entre un étranger et un Français, mais en faveur de celui-ci (1).

» Mais ne peuvent-ils pas en user aussi, *à la charge d'une révision préalable*, dans le cas où l'exécution de ces jugemens est interdite en France par l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, c'est-à-dire, toutes les fois que ces jugemens ont été rendus contre des Français?

» L'arrêt qui vous est dénoncé, adopte l'affirmative; et cette décision, quoiqu'elle ne soit pas en harmonie parfaite avec le texte de l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, nous paraît à l'abri de toute espèce de critique,

» 1° Parceque le texte de l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, n'est pas une loi pour la cour d'appel de Gênes, dans le ressort de laquelle cette ordonnance n'a jamais été publiée;

» 2° Parceque n'ordonner en France l'exécution d'un jugement rendu en pays étranger contre un français, qu'après en avoir soumis les dispositions au creuset d'une révision judiciairement contradictoire, c'est faire équipollement la même chose que de regarder ce jugement comme non avenu en France, et de faire dépendre les droits des parties, du nouveau jugement qui le revise; et conséquemment parceque cette manière de procéder, qui était, comme nous l'avons vu, celle des anciens tribunaux de la Ligurie, répond parfaitement, par ses résultats, à l'esprit de l'art. 121 de l'ordonnance de 1629;

» 3° Parceque les termes généraux et indéfinis de l'art. 2123 du Code civil, tout en respectant le principe consacré par l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, semblent avoir fait cette dérogation *littérale* au mode de son application.

» Notre deuxième question est déjà résolue parce que nous avons dit sur la première.

» Sans doute, l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 ne fait pas loi, par lui-même, dans les parties actuelles de la France où il n'a jamais été publié. Mais le principe qu'il proclame, tient essentiellement à la distinction des Souverainetés; et il est, par cette raison, de tous les pays comme de tous les temps.

» Nous lisons dans l'arrêt de la cour d'appel de Liège du 15 floréal an 10, maintenu par le vôtre du 18 thermidor an 12, *que les auteurs les plus respectables de l'Allemagne, entr'autres* Ludolf *et* Lauterbach, *l'un et l'autre membres des suprêmes* dicasters *de l'empire germanique, attestent que la pratique de ces tribunaux n'admettait l'exécution des jugemens étrangers, qu'après connaissance de cause.*

» Et telle était la jurisprudence de tous les tribunaux français, même long-temps avant l'ordonnance de 1629.

» Dumoulin, dans ses notes sur les conseils d'Alexandre, tome 4, conseil 130, n° 3, dit, en parlant des juges français à qui l'on demande un *pareatis* pour faire exécuter en France un jugement rendu par un tribunal étranger contre un français, que *cognoscere debet de justitiâ et scire quid agat; et ità practicatur in hoc regno.*

» Brodeau, sur l'art. 174 de la coutume de Paris, n° 9, après avoir dit pareillement que *c'est une maxime hors de controverse que les sentences et les jugemens souverains donnés hors le royaume par juges étrangers, ne peuvent être exécutés sur les biens situés en France, où l'on vit sous d'autres lois et maximes, quand même on aurait obtenu* pareatis *et la commission du juge royal du domicile; ainsi qu'il faut se pourvoir par nouvelle action par-devant lui;* ajoute que *c'est la décision notable d'un arrêt du 13 août 1534, rapporté par Chopin, sur la coutume d'Anjou, chap. 43, n° 15, et d'un autre arrêt du mardi matin 21 mai 1585, plaidans Lebeau et Ecorchevel, conformément aux conclusions de M. l'avocat-général Faye des Fesses.*

» Le parlement de Provence, qui n'avait pas enregistré l'ordonnance de 1629, ne laissait pas d'en suivre l'art. 121. Et Julien, sur les statuts de cette contrée, tome 2, page 444,

(1) *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Payement*, §. 14, n° 5.

en rapporte un arrêt rendu, lui plaidant, le 22 décembre 1732.

» Enfin, messieurs, comment le principe consacré par l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, ne serait-il pas reçu dans le ressort de la cour d'appel de Gênes? Il l'est même dans le royaume d'Italie, et nous en trouvons la preuve dans une instruction circulaire du grand-juge ministre de la justice de ce royaume, du 28 septembre 1808 : *La cour, les tribunaux et les juges du royaume* (porte l'art. 7 de cette instruction) *ne peuvent déclarer exécutables contre un Italien, en vertu de l'art. 546 du Code de procédure civile, les jugemens prononcés par les tribunaux étrangers*, QU'APRÈS UN NOUVEAU JUGEMENT RENDU AVEC TOUTES LES PARTIES INTÉRESSÉES... *La cour*, (ajoute l'art. 11), *les tribunaux et les juges refuseront de déclarer le jugement exécutoire, lorsqu'ils reconnaîtront qu'il est évidemment injuste.*

» Mais cette jurisprudence est-elle applicable aux matières de succession et de testament? C'est la troisième question que nous avons à examiner, et elle ne présente pas plus de difficultés que la précédente.

» A la vérité, il est de principe que la connaissance des contestations qui s'élèvent entre les prétendans à une succession légitime ou testamentaire, appartient au juge du lieu où cette succession s'est ouverte; et ce principe est bien applicable à notre espèce, puisque c'est à Intra, ville du royaume d'Italie, que s'est ouverte la succession de Charles-Antoine Rossi.

» Mais de ce qu'un tribunal étranger a prononcé compétemment sur une affaire dont il était saisi, il ne s'ensuit pas que son jugement puisse être, sans connaissance de cause et sans révision préalable du fond, déclaré exécutoire en France contre un Français.

» C'était très-compétemment que le sénat de Chambéry avait, en 1737, rejeté la demande formée contre le sieur Cretet, l'un de ses justiciables, par le sieur Archambault, domicilié en France. Cependant le sieur Archambault ayant renouvelé sa demande devant la conservation de Lyon, contre le sieur Cretet, en faisant saisir des créances qu'il avait sur des particuliers français, la conservation de Lyon n'en a pas moins, en considérant comme non avenu, par rapport à la France, l'arrêt du sénat de Chambéry, condamné le sieur Cretet à payer la somme dont cet arrêt l'avait déchargé; et le parlement de Paris n'en a pas moins confirmé cette condamnation, par un arrêt de 1743, attendu (disent les nouveaux éditeurs de Denisart, aux mots *Exécution des jugemens en matière civile*, §. 4, n° 26) que l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 refuse toute autorité aux jugemens rendus en pays étrangers contre des Français; et que, *cet article étant conforme aux vrais principes, est admis même dans les pays où l'ordonnance de 1629 n'a pas force de loi.*

» C'était très-compétemment que le tribunal suprême de commerce du royaume de Naples avait, par un arrêt du 4 juillet 1798, débouté le sieur Spohrer, français, d'une demande qu'il avait formée devant ce tribunal, contre Niel Moë et Jens Sorensen, danois. Cependant la cour a cassé, le 18 pluviôse an 12, au rapport de M. Busschop et sur nos conclusions, un arrêt de la cour d'appel de Rouen, qui, sur ce fondement, avait déclaré le sieur Spohrer non-recevable dans la nouvelle action qu'il avait intentée contre ses adversaires, au moyen d'une saisie-arrêt, devant le tribunal de commerce du Havre.

» Aussi l'art. 8 de l'instruction du grand-juge ministre de la justice du royaume d'Italie, du 28 septembre 1808, porte-t-il que la défense de déclarer exécutoires dans ce royaume, sans connaissance préalable de cause, les jugemens rendus par les tribunaux étrangers contre des Italiens, déclare-t-il expressément que le principe qu'il rappelle, *s'applique également aux jugemens émanés des autorités étrangères, dans les matières commerciales, et sans distinguer si l'Italien a figuré comme demandeur, ou s'il a comparu comme défendeur, devant le tribunal étranger.*

» Mais qu'avons-nous besoin d'exemples pris hors des matières de succession et de testament? En voici trois qui sont tirés de ces matières elles-mêmes.

» Il s'était ouvert en Piémont une succession dont les biens étaient situés, partie en Piémont même, et partie en France. Les prétendans à cette succession avaient plaidé en Piémont pendant 18 années; et le procès ayant été terminé par un arrêt du sénat de Turin, celui qui avait gagné sa cause, avait obtenu du lieutenant général du bailliage de Chaumont en Bassigny, un *pareatis* pour mettre cet arrêt à exécution. Mais, sur l'appel interjeté de ce *pareatis* par l'autre partie, arrêt du Parlement de Paris, du 21 mai 1585, qui dit : *mal, nullement et incompétemment ordonné et exécuté, bien appelé par l'appelant; ordonné que, pour le regard des biens situés en ce royaume, les parties se pourvoiront par action* (1).

Un arrêt du parlement de Bordeaux avait

(1) Bouchel, *Bibliothèque du Droit français*, au mot *Compétence*.

réglé le partage d'une succession ouverte dans le ressort de cette cour. On voulut ensuite faire exécuter cet arrêt dans le Béarn, qui alors n'était pas encore réuni à la France. Mais, par arrêt de grand conseil, du 23 janvier 1601, cette prétention fut rejetée, et il fut ordonné que les parties se pourvoiraient devant les tribunaux du Béarn (1).

» Le 22 avril 1587, George de Nettancourt fait entre ses enfans, devant un notaire de Nancy, le partage de sa propre succession et celle de feue son épouse, l'une et l'autre composées de biens situés en Lorraine, en Vermandois et dans le Barrois mouvant. Le 25 du même mois, il intervient, au conseil du duc de Lorraine, un arrêt contradictoire qui homologue ce partage et en ordonne l'exécution. Le 22 mai 1602, après la mort de George de Nettancourt, Yolande de Nettancourt, l'un de ses enfans, mariée à Jean de Mailly, obtient des lettres de rescision contre ce partage, et interjette appel au parlement de Paris de l'arrêt qui en a prononcé l'homologation. La cause portée à l'audience de la grand'-chambre, M. l'avocat-général Servin dit *qu'il n'y a pas de doute que l'homologation faite au conseil du sieur duc de Lorraine, ne se peut soutenir pour le regard des biens situés, soit en Barrois, dont les appellations viennent en la cour, soit en Vermandois, sur lequel le sieur duc de Lorraine n'eut jamais aucun droit ni prétention....; qu'il n'est pas loisible aux sujets de la France de s'aller soumettre à l'autorité d'un autre prince, au préjudice des droits de cette couronne et de l'autorité du roi; que si, d'aventure, l'intimé voulait, sous prétexte de l'homologation faite en Lorraine, empêcher que l'appelant n'eût raison pour les biens sis hors le royaume, il y aurait lieu de lui donner récompense sur le droit que peut avoir l'intimé ès biens assis dans la Souveraineté du roi.* En conséquence, arrêt du 14 mars 1603, par lequel *la cour, ayant égard aux lettres, et icelles entérinant; ouï le procureur général, ayant égard à ses conclusions faisant droit sur le tout, a déclaré et déclare l'homologation nulle, et a remis les parties en l'état qu'elles étaient auparavant le partage* (2).

« Ainsi, nul doute que le principe consacré par l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, ne soit applicable aux matières de succession et de testament, comme aux autres.

» Mais reste notre quatrième question, celle de savoir si, d'après ce principe, nos tribunaux peuvent et doivent, sans révision préalable du fond, déclarer exécutoires en France les jugemens qui sont rendus contre des Français par des tribunaux du royaume d'Italie.

» Pour établir l'affirmative, la demanderesse vous dit que l'empire français et le royaume d'Italie sont gouvernés par le même souverain; que, si c'est au nom de ce souverain qualifié d'empereur, que les tribunaux français rendent leurs jugemens, c'est aussi au nom de ce souverain qualifié de roi, que les tribunaux italiens rendent les leurs; que c'est par conséquent le même souverain qui, dans l'un et l'autre État, juge par l'organe des magistrats qu'il institue dans l'un et dans l'autre; qu'il ne peut donc pas contredire, par l'organe de ses magistrats français, ce qu'il a jugé par l'organe de ses magistrats italiens; que, d'ailleurs, le royaume d'Italie à les mêmes lois civiles, la même constitution, le même ordre judiciaire que l'empire français; que l'empereur ne peut pas, comme tel, juger valable et conforme à ses propres lois, un acte qu'il a, comme roi d'Italie, jugé contraire à ces mêmes lois et nul; que c'est une pure subtibilité de distinguer deux êtres moraux dans le souverain de deux États, qui ne forme qu'un seul être physique; que, si, par cela seul que l'empereur est médiateur de la confédération suisse, les jugemens rendus par les tribunaux helvétiques sont exécutoires en France, et réciproquement, il faut bien aussi, et à plus forte raison, qu'il y ait également réciprocité entre la France et le royaume d'Italie, pour l'exécution des jugemens; qu'enfin, l'empereur, en abolissant le droit d'aubaine entre la France et le royaume d'Italie; a suffisamment manifesté son intention de traiter les sujets de ces deux Etats comme de véritables concitoyens entre eux.

» Ecartons d'abord l'argument que la demanderesse voudrait tirer ici de la réciprocité qui est établie, entre la France et la Suisse, pour l'exécution des jugemens.

» Cette réciprocité ne dérive nullement du titre de médiateur de la confédération suisse, que la constitution helvétique attribue à l'empereur. Elle existait long-temps avant la création de ce titre. Elle avait été établie par les traités conclus entre la France et le corps helvétique, le premier juin 1658, le 27 mai 1777 et le 2 fructidor an 6, et dont l'art. 15 de celui du 4 vendémiaire an 12, n'a fait, à cet égard, que renouveler les stipulations.

» Existe-t-il un traité semblable entre la France et le royaume d'Italie? La demanderesse est forcée de convenir que non.

» Existe-t-il du moins une loi politique qui

(1) Brodeau, sur la coutume de Paris, art. 164, no. 9.

(2) Plaidoyers de Servin, liv. 2, §. 65.

tienne lieu d'un pareil traité ? Pas davantage.

» La réciprocité d'exécution des jugemens n'aurait donc lieu, suivant la demanderesse, entre la France et le royaume d'Italie, que parceque ces deux Etats sont gouvernés par le même souverain.

» Mais, quoique gouvernés par le même souverain, ces deux Etats n'en forment pas moins deux Souverainetés distinctes et absolument indépendantes.

» Quoique gouvernés par le même souverain, les sujets des deux États n'en sont pas moins étrangers les uns aux autres.

» L'art. 8 du Code civil porte, pour la France, que *tout Français jouira des droits civils* ; et pour le royaume d'Italie, que *qualunque italiano gode dei diretti civili*. Les Français ne jouissent donc pas des droits civils dans le royaume d'Italie. Les habitans du royaume d'Italie ne jouissent donc pas des droits civils en France.

» L'art. 980 du même Code porte, pour la France, que *les témoins appelés pour être présens aux testamens, devront être* SUJETS DE L'EMPEREUR; et pour l'Italie, qu'ils devront être domiciliés dans le royaume, *dimoranti nel regno*.

» Il est vrai que, par un décret du 19 février 1806, l'empereur a déclaré le droit d'aubaine aboli entre la France et le royaume d'Italie, et a voulu, en conséquence, que *les sujets des deux Etats pussent recueillir librement les successions ouvertes à leur profit dans l'un ou l'autre*. Mais ce décret même prouve que, s'il n'existait pas, le droit d'aubaine aurait lieu entre la France et le royaume d'Italie. Il prouve, par conséquent, de plus en plus, que les Français et les Italiens ne sont pas concitoyens les uns des autres, par cela seul qu'ils sont, sous des rapports différens, sujets du même souverain.

» Cette conséquence est encore singulièrement fortifiée par le décret du 12 janvier dernier, qui établit, *pour l'avenir*, un affranchissement réciproque du droit d'aubaine en faveur des Illyriens et des habitans du royaume d'Italie. Il est en effet bien évident que, si, du seul fait que l'Illyrie et le royaume d'Italie sont gouvernés par le même souverain, il s'ensuivait que les habitans de l'une peuvent succéder dans l'autre, ce décret aurait été complétement inutile, ou que du moins il aurait été conçu en forme déclarative, afin de pouvoir l'appliquer aux successions échues depuis la réunion des deux États dans la main de l'empereur.

» Eh ! Quel nouveaux traits de lumière n'ajoute pas encore à cette vérité le décret du 19 octobre 1811 ! *Tout individu* (porte-t-il) *surpris en flagrant délit, poursuivi par la clameur publique, ou contre lequel il aura été décerné un mandat d'arrêt ou un mandat d'amener ; et qui se sera réfugié dans notre royaume d'Italie, pourra être arrêté sur ledit territoire par la gendarmerie française ; et réciproquement, tout individu de notre royaume d'Italie, qui, dans les cas déterminés ci-dessus, se serait réfugié dans le territoire français, pourra être arrêté par la gendarmerie italienne.* Il fallait donc une autorisation spéciale du chef du gouvernement français, pour qu'un Italien pût être arrêté en France par la gendarmerie Italienne. Il fallait donc une autorisation spéciale du roi d'Italie, pour qu'un Français pût être arrêté dans le royaume d'Italie par la gendarmerie française. Et comment, d'après cela, peut-on ici soutenir sérieusement que les juges français sont, de plein droit, et sans qu'aucun traité, sans qu'aucune loi politique leur en ait imposé le devoir, obligés de faire exécuter en France les jugemens rendus dans le royaume d'Italie ?

» Ce n'est pas tout. Dans le courant du même mois d'octobre 1811, le grand-juge ministre de la justice a fait au Gouvernement un rapport qui a été imprimé et distribué au conseil d'état, et qui débutait ainsi : *les nommés Michel Borgo, de Castagnola, département de Marengo, et Joseph Mazzoni, originaire de Gênes, sont prévenus de crime dans le royaume d'Italie, et leur extradition est réclamée officiellement. Dans le cas où cette mesure n'aurait pas lieu,* le GOUVERNEMENT ITALIEN *demande que ces deux individus qui ont été arrêtés, soient poursuivis devant les tribunaux français, auxquels seront transmises les pièces de l'instruction commencée contre eux. Borgo et Mazzoni sont Français ; c'est en France qu'ils sont détenus.*

» A la suite de cet exposé, le grand-juge proposait diverses mesures pour suppléer au silence du Code d'instruction criminelle sur les crimes commis par des Français contre des étrangers, dans des souverainetés étrangères ; et parmi ces mesures, il y en avait une qui était particulière au royaume d'Italie. *Il est arrivé, dans plusieurs circonstances* (était-il dit dans le rapport), *que des princes de la confédération du Rhin ont livré leurs sujets aux tribunaux de l'empire, sous la condition expresse que, l'instruction terminée, le crime constaté, ces individus seraient renvoyés, avec la preuve de leur culpabilité, devant leurs juges naturels pour*

l'application de la peine. Votre Majesté pourrait peut-être adopter cette marche à l'égard des Français qui seraient prévenus de crimes commis dans le royaume d'Italie et réciproquement. La France et l'Italie suivent les mêmes lois, obéissent au même monarque; il semble que la prospérité de l'un soit attachée à la fortune de l'autre, et que leurs intérêts, du moins en législation, ne peuvent être distincts. Quant aux Français prévenus de crimes dans une contrée soumise à un prince étranger, et rentrés sur le territoire français, leur arrestation pourrait être ordonnée en France; et sur la demande officielle qui en serait faite au ministre des relations extérieures, tous les documens jugés utiles pour constater la culpabilité ou l'innocence du prévenu, seraient réclamés avec soin; l'examen en serait confié, soit au procureur général de Votre Majesté près de la cour dans le ressort de laquelle ce Français aurait son domicile ou sa résidence habituelle, soit au procureur général dans le ressort duquel il se trouverait arrêté. Le résultat de cet examen serait adressé au grand-juge ministre de la justice; et sur son rapport, Votre Majesté prononcerait, selon qu'il y aurait lieu, la mise en liberté du prévenu, son renvoi sous la surveillance de l'autorité administrative, ou enfin sa détention, par mesure de haute police, pendant un temps qui serait déterminé. Les mêmes principes pourraient aussi s'appliquer au royaume d'Italie, si Votre Majesté croyait devoir préférer cette dernière marche à la première proposition.

» Quel a été le résultat de ce rapport? Un décret du 19 octobre 1811, ainsi conçu :

» *Considérant que, dans la question présentée, il ne s'agit que de crime commis par un Français hors de France et contre des étrangers; que le Français prévenu d'un tel crime, ne peut, lorsqu'il s'est réfugié en France, être livré, poursuivi et jugé en pays étranger, que sur la demande d'extradition qui nous serait faite par le gouvernement qui se prétend offensé; que, si, d'un côté, il est de notre justice de ne pas apporter d'obstacle à la punition du crime, lors même qu'il ne blesse ni nous ni nos sujets; d'un autre côté, la protection que nous leur devons, ne nous permet pas de les livrer à une juridiction étrangère, sans de graves et légitimes motifs, reconnus et jugés tels par nous...;*

» *Nous avons décrété et décrétons ce qui suit :*

» *Art. 1. Toute demande en extradition, faite par un gouvernement étranger, contre un de nos sujets prévenu d'avoir commis un crime contre des étrangers dans le territoire de ce gouvernement, nous sera soumise par notre grand-juge ministre de la justice, pour y être par nous statué ainsi qu'il appartiendra.*

» *2. A cet effet, ladite demande appuyée de pièces justificatives, sera adressée à notre ministre des relations extérieures, lequel la transmettra, avec son avis, à notre grand-juge ministre de la justice.*

» Ainsi, l'empereur a voulu que, sur la question qui lui était proposée, il n'y eût aucune distinction entre le royaume d'Italie et les autres souverainetés étrangères; il a voulu que le gouvernement italien fût, à l'égard de la France, assimilé, sur cette question, à tous les gouvernemens étrangers; il a voulu que, toutes les fois que le cas se présenterait, il demandât, comme roi d'Italie, l'extradition du prévenu Français, et qu'il statuât sur cette demande comme empereur; il a voulu par conséquent se réserver le droit de rejeter comme empereur, la demande d'extradition qu'il aurait faite comme roi d'Italie.

» Eh! Comment, d'après cela, peut-on vous dire au nom de la demanderesse, que l'empereur et le roi d'Italie ne composent qu'un seul être moral, comme ils ne forment qu'un seul être physique? Comment peut-on vous dire, au nom de la demanderesse, que l'Empereur ne peut pas ne pas vouloir ce que veut le roi d'Italie?

» Est-elle d'ailleurs bien exacte cette proposition de la demanderesse, que c'est l'Empereur qui juge dans les tribunaux français, comme c'est le roi d'Italie qui juge dans les tribunaux italiens? Et quand il serait aussi vrai qu'il est faux, que ce que veut le roi d'Italie, l'Empereur ne peut pas ne pas le vouloir, serait-il bien raisonnable d'en conclure que les tribunaux français ne peuvent pas empêcher en France l'exécution des jugemens rendus par les tribunaux italiens?

» Sans doute, c'est au nom de l'Empereur que la justice est administrée en France, et c'est au nom du roi qu'elle l'est en Italie. Mais de là s'ensuit-il que c'est le roi qui est censé juger en Italie, que c'est l'Empereur qui est censé juger en France! S'il en était ainsi, comment les tribunaux d'appel pourraient-ils réformer les jugemens des tribunaux de première instance! Comment la cour de cassation pourrait-elle annuler les jugemens des tribunaux d'appel! Ce serait donc l'Empereur, ce serait donc le roi qui réformerait, qui casserait lui-même ses propres jugemens! Mais peut-on rien imaginer de plus absurde!

Et si un tribunal français peut, au nom de l'Empereur, réformer ou casser un jugement qui a été rendu en son nom par un autre tribunal français; à combien plus forte raison un tribunal français peut-il empêcher, au nom de l'Empereur, qu'on n'exécute en France un jugement qui a été rendu au nom du roi d'Italie, par un tribunal italien!

» La question, au surplus, n'est pas nouvelle: et la demanderesse elle-même convient qu'elle avait été jugée sous l'ancien régime par un arrêt positif. En effet, Brodeau, sur l'article déjà cité de la coutume de Paris rapporte un *arrêt donné au* GRAND-CONSEIL, *le* 23 *janvier* 1601, *au profit de Tristan de Heurtebois, héritier de demoiselle Ysabeau de Dormizin, qui ordonne qu'un arrêt du parlement de Bordeaux, contenant un partage fait entre les héritiers du sieur de Mentin, ne sera exécuté sur les biens situés en Béarn, mais seulement sur ceux étant en France, combien que la France et le Béarn fussent sous la domination du roi; parceque le Béarn était une Souveraineté distincte et séparée, auparavant qu'elle eût été réunie à la couronne.*

» Qu'oppose la demanderesse à cet arrêt? Deux choses également insignifiantes. En premier lieu, dit-elle, les cours supérieures ont donné, dans les premiers temps du règne de Henri IV, de singulières, preuves de la prétention qu'elles avaient de partager l'autorité souveraine avec le roi. Aujourd'hui, tous les corps de l'Etat, tous les citoyens reconnaissent que le droit de rendre la justice appartient exclusivement au souverain. En second lieu, à l'époque où a été rendu l'arrêt du 23 janvier 1601, le Béarn n'avait pas les même lois que la France. Aujourd'hui, la France et le royaume d'Italie sont gouvernés par la même législation.

» Mais d'abord, s'il est vrai que les parlemens ont quelquefois rivalisé d'autorité avec le monarque, jamais on n'a eu le même reproche à faire au grand-conseil; tout le monde sait, au contraire, que le grand-conseil était tout entier dans la main et à la disposition du gouvernement; or, c'est du grand-conseil qu'est émané l'arrêt dont il s'agit.

» Ensuite, il s'en faut beaucoup que, sous l'ancien régime, on eût, sur les droits et les devoirs du monarque, par rapport à l'administration de la justice, des idées moins favorables au système de la demanderesse, que ne peuvent l'être celles qui prédominent aujourd'hui relativement à la nature de ces droits et de ces devoirs.

» Sous l'ancien régime, les bons esprits s'élevaient de temps en temps, avec plus ou moins de force, contre le cumul du pouvoir judiciaire avec le Gouvernement. Mais ce cumul n'en avait pas moins lieu de fait, et il y en a un très-grand nombre d'exemples.... (1).

» Mais aujourd'hui, il est universellement reconnu que, dans aucun des cas où il ne s'agit pas directement des droits de la Souveraineté, le monarque ne peut exercer le pouvoir judiciaire.... (2).

» Il n'est donc pas vrai qu'aujourd'hui, l'empereur puisse être censé juger lui-même dans les tribunaux français. Il n'est donc pas vrai qu'aujourd'hui, que le roi d'Italie puisse être censé juger lui-même dans les tribunaux italiens. Et dès-là, tombe, ou plutôt se retorque contre la demanderesse, avec une force invincible, le prétexte qu'elle imagine pour écarter l'arrêt par lequel le grand conseil a décidé, le 23 janvier 1601, qu'un arrêt du parlement de Bordeaux ne devait avoir aucune exécution dans le Béarn.

» Qu'importe, du reste, qu'aujourd'hui, la France et l'Italie soient gouvernées par les mêmes lois? Déjà nous avons vu que cette considération n'a pas empêché le gouvernement de décider, par le décret du 23 octobre 1811, que le royaume d'Italie doit être traité, relativement à l'extradition des prévenus de crime, comme toute autre Souveraineté étrangère; et en effet, le pouvoir judiciaire qui applique les lois en France, n'est pas le même qui les applique en Italie. Le pouvoir judiciaire français ne peut donc pas être lié par les actes du pouvoir judiciaire italien. Les jugemens des tribunaux italiens n'imposent donc pas, par eux-mêmes, aux tribunaux français l'obligation de les déclarer exécutoires.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête de la demanderesse ».

Arrêt du 27 août 1812, au rapport de M. Botton de Castellamonte, par lequel,

« Attendu qu'en 1809, et lorsque les jugemens du tribunal d'Intra, et les arrêts de la cour d'appel de Milan, dont on a demandé l'exécution à la cour d'appel de Gênes, ont été rendus, Milan et Intra appartenaient au royaume d'Italie, et les Etats de Gênes se trouvaient réunis à l'empire français; que les Codes civil et de procédure civile étaient en vigueur dans lesdits Etats; que, d'après l'art. 546 de ce dernier Code, combiné avec les art. 2123 et 2128 du Code civil, les jugemens rendus en pays étrangers ne sont susceptibles d'exécu-

(1) V. l'article *Pouvoir judiciaire*, §. 1, n° 3.
(2) V. *Ibid.*, n° 1.

tion en France, qu'autant qu'ils auront été déclarés exécutoires par un tribunal français, sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités ; qu'à la vérité, les articles précités n'autorisent pas, en termes exprès, le Français qui a succombé devant le tribunal étranger, à provoquer un nouvel examen du fond, lorsqu'on demande l'exécution du jugement en France ; mais que cette faculté est consignée dans l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, article qui renferme une loi politique non abrogée par les nouveaux Codes, et qui bien qu'il n'ait pas été publié dans les Etats de Gênes, y est néanmoins devenu exécutoire, par l'effet seul de leur réunion à l'empire français.

» Attendu qu'une circulaire du grand-juge ministre de la justice du royaume d'Italie, du 4 octobre 1808, prouve que l'article susénoncé de l'ordonnance de 1629 y est observé comme en France ; que le fond des jugemens *rendus* par des tribunaux étrangers à l'Italie, y est soumis à une nouvelle discussion contradictoire devant les tribunaux italiens, et que ces tribunaux en refusent l'exécution, dans le cas d'injustice manifeste ;

» Attendu que, quoique l'empire français et le royaume d'Italie soient soumis au même prince, ils n'en forment pas moins deux monarchies distinctes et séparées : d'où il suit que les tribunaux italiens sont réputés étrangers relativement aux tribunaux français, comme ceux-ci le sont à l'égard des tribunaux italiens; que cette vérité résulte évidemment de plusieurs décrets, et notamment de celui qui a aboli le droit d'aubaine entre les deux Etats, abolition dont on ne peut argumenter pour rendre les jugemens italiens susceptibles d'une exécution *de plano* dans l'empire français, puisque ce sont là deux choses bien différentes;

» Que, si les jugemens rendus par des tribunaux de la Suisse, jouissent d'un pareil droit, cela n'a lieu qu'en vertu de conventions expresses consignées dans d'anciens traités renouvelés ;

» Qu'elle n'est pas sérieuse, l'objection prise de ce que les jugemens se rendent en Italie, comme en France, au nom du même monarque, qui ne peut avoir deux volontés : car 1° ce n'est pas le monarque lui-même qui rend la justice en France et en Italie, mais bien les tribunaux qu'il y a institués : et la clause qui ordonne l'exécution des jugemens rendus par les tribunaux d'Italie, n'est adressée qu'aux autorités et aux fonctionnaires italiens, et réciproquement; 2° de ce que les arrêts des cours supérieures, rendus au nom de l'empereur, réforment les jugemens des tribunaux inférieurs, l'on n'a jamais imaginé d'en inférer que l'empereur ait deux volontés qui se contredisent ;

» Attendu enfin qu'aucune loi politique ni aucun traité n'a dérogé à l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, en faveur du royaume d'Italie;

» La cour rejette le pourvoi.... .

§. VII. *Quels sont les effets de la réunion d'une Souveraineté à une autre?*

V. les articles *Pays réunis* et *Réunion* §. 1.

§. VIII. 1° *Le Souverain qui reprend, par la force des armes, les Etats de son allié envahis par l'ennemi commun, peut-il y faire des actes de Souveraineté?* 2° *Que deviennent, après la rentrée d'un souverain dans ses Etats précédemment conquis, les actes de Souveraineté qu'y a faits le conquérant?*

« Le procureur général expose qu'il est chargé par le gouvernement de requérir, pour l'intérêt de la loi, l'annullation d'un arrêt rendu par la cour spéciale du département de Rome, dans les circonstances suivantes :

» Le 9 janvier dernier, arrêt de la cour d'appel de Rome, qui met en état d'accusation et renvoie devant la cour spéciale de la même ville, le nommé Joachim Pisani, menuisier et marchand de fruits, natif de Florentino.

» Le 31 du même mois, cet arrêt est confirmé par la cour de cassation.

» En conséquence, le procureur général de la cour d'appel de Rome dresse un acte d'accusation duquel il résulte que Joachim Pisani est prévenu d'avoir, en mai 1793, aidé et accompagné de plusieurs hommes armés, 1° volé et tenté d'assassiner Louis Guerini; 2° tenté d'assassiner le prêtre Dominique Bossi; 3° assassiné le chirurgien Camus; 4° assassiné Marc Cavalli et Vincent Cavalli, son fils; 5° assassiné un soldat français, prisonnier de guerre; 6° assassiné un enfant; 7° pillé une grande quantité de blé et de maïs.

» Le procureur général expose, par le même acte d'accusation, que Joachim Pisani a été condamné aux galères en 1801, pour évasion de prison et pour port d'armes prohibées, avec l'intention de s'en servir pour exécuter une vengeance personnelle ; et qu'en 1808, le pape lui a fait grace de sa condamnation.

» Par arrêt du 26 mars dernier, la cour spéciale de Rome déclare Joachim Pisani coupable du vol, du *pillage*, des deux tentatives d'assassinat, et de quatre des assassinats men-

tionnés dans l'acte d'accusation, sans parler de l'assassinat du chirurgien Camus.

» Mais, attendu que, le 14 janvier 1800, il a été publié, par le général Magelli, commandant pour le roi de Naples dans les Etats romains, une dépêche de la secrétairerie d'état et de guerre du royaume de Naples, ainsi conçue : *Voulant le roi faire toujours usage de sa clémence royale, il a daigné accorder l'amnistie des crimes commis par tous ceux qui suivirent avec éloge les armées chrétiennes, en s'y réunissant avant la fin du mois de mai dernier; n'exceptant de cette amnistie, que le crime de lèse-majesté divine et humaine, le parricide, l'empoisonnement, le faux témoignage en cas de mort, la fausse monnaie, le faux en écriture de commerce, et enfin le faux en écriture publique;*

» La cour spéciale,

» *Considérant que cette amnistie n'a été, par la suite, abrogée par aucune autre loi;*

» *Considérant que des termes de l'édit du cardinal Gonsalvi, secrétaire d'état, en date du 31 octobre 1800, dont la teneur suit : « Hercule cardinal....., c'est pour » cela que le saint Père a, par un trait » amoureux de sa bonté, oubliant tout ce » qui est arrivé à l'occasion de la dernière » révolution, accordé amnistie à tous ceux » qui, après la cessation du gouvernement » pontifical, se sont rendus coupables envers » le Souverain », il résulte une confirmation et une plus grande extension à l'égard des crimes envers le souverain, qui étaient exceptés dans l'amnistie Magelli;*

» *Considérant que, dans l'espèce, le fait du gouvernement pontifical lui-même, c'est-à-dire, de n'avoir pas poursuivi Pisani pour le crime ci-dessus, quoiqu'il ait été dénoncé dans la procédure entamée contre lui en 1802, pour port d'armes prohibées, et sur laquelle il fut condamné à dix années de galères, prouve l'acquiescement du gouvernement pontifical; a déclaré et déclare que l'accusé est compris dans l'amnistie;*

» *L'absout de l'accusation, et ordonne qu'il sera mis en liberté, s'il n'est retenu pour d'autres motifs.*

» C'est sur cet arrêt que l'exposant est chargé d'appeler la censure de la cour; et là-dessus, il se présente trois questions à examiner.

» 1°. Cet arrêt est-il sujet à cassation?

» Il ne l'est certainement ni dans l'intérêt personnel de Joachim Pisani, ni dans l'intérêt de la vindicte publique. L'art. 397 du Code d'instruction criminelle porte que les arrêts rendus par les cours spéciales, après que leur compétence a été reconnue par la cour de cassation, ne pourront être attaqués par cette voie; et cette disposition est trop générale pour ne pas exclure toutes les exceptions possibles.

» Mais cet arrêt ne peut-il pas être cassé dans l'intérêt de la loi?

» Il ne pourrait pas l'être sur le seul réquisitoire de l'exposant; car l'art. 442 du Code d'instruction criminelle n'autorise l'exposant à se pourvoir en cassation, *d'office et dans l'intérêt de la loi*, que contre les arrêts rendus par les cours d'appel ou d'assises, et les jugemens en dernier ressort des tribunaux correctionnels ou de police, à l'égard desquels aucune des parties n'a réclamé dans le délai déterminé.

» Mais la cassation peut l'atteindre lorsque, comme dans l'espèce, l'exposant ne la requiert que par ordre du gouvernement; et c'est ce qui résulte de l'art. 441 du même Code.

» Bien différent de l'art. 442 qui limite, pour l'exposant, le droit de recours en cassation aux arrêts et jugemens en dernier ressort contre lesquels cette voie était ouverte aux parties qui ne l'ont pas prise dans le délai fatal, l'art. 441 porte, sans distinction, sans exception quelconque, que *lorsque, sur l'exhibition d'un ordre formel à lui donné par le grand juge ministre de la justice, le procureur général près la cour de cassation dénoncera à la section criminelle* DES ACTES JUDICIAIRES, ARRÊTS OU JUGEMENS CONTRAIRES A LA LOI, *ces actes arrêts ou jugemens pourront être annulés.*

» Si, comme on n'en peut douter d'après cet article, un jugement sujet à l'appel peut être cassé sur un réquisitoire de l'exposant donné de l'ordre exprès du grand juge ministre de la justice, pourquoi n'en serait-il pas de même d'un arrêt de cour spéciale? Un arrêt de cour spéciale n'est pas plus à l'abri du recours en cassation, que ne l'est un jugement sujet à l'appel; la règle qui prohibe le recours en cassation contre l'un, n'est ni moins positive ni moins absolue que la règle qui prohibe le recours en cassation contre l'autre: et si cette règle fléchit à l'égard du jugement sujet à l'appel, lorsque la cassation en est requise par l'exposant, de l'ordre exprès du gouvernement, pourquoi ne fléchirait-elle pas également, dans le même cas, à l'égard d'un arrêt de cour spéciale?

» C'est uniquement pour assurer la prompte exécution des arrêts des cours spéciales, que la loi ôte aux parties le droit de les attaquer par la voie de cassation. Or, ce motif cesse absolument, lorsque c'est le Souverain qui, par l'organe de son procureur général, et pour le seul intérêt de la loi, indignement violée, demande la cassation d'un pareil arrêt.

La disposition de la loi doit donc cesser dans ce cas.

» 2°. La cour spéciale de Rome a-t-elle pu, sans excéder ses pouvoirs, sans violer des lois formelles, appliquer à Joachim Pisani, l'amnistie publiée dans les états romains, le 14 janvier 1800, au nom du roi de Naples? Cette question n'est pas plus difficile à résoudre que la précédente.

» Qu'était le roi de Naples dans les états romains en 1800? Était-il Souverain de ces états? Non, il les avait repris sur la France, mais il les avait repris comme allié du Pape; il les avait par conséquent repris pour le compte du Pape lui même. *Lorsque les armées d'un allié* (dit Vatel, dans son *Traité du droit des gens*, liv. 3, n° 213,) *délivrent un pays subjugué, il retourne sans doute à son premier état; son allié ne peut devenir son conquérant; c'est un libérateur qu'il est seulement obligé de récompenser.*

» Le roi de Naples ne pouvait donc pas exercer la puissance législative sur les états romains, pendant qu'il les occupait.

» Le Pape était donc rentré, de plein droit, dans l'exercice de cette puissance, du moment que le roi de Naples avait repris, pour lui, la possession des états romains.

» Les tribunaux que le Pape avait ensuite rétablis dans les états romains, ne pouvaient donc pas reconnaître l'amnistie que le roi de Naples y avait fait publier.

» Les tribunaux que le chef du gouvernement français a institués dans ces mêmes états, après en avoir fait la conquête sur le Pape, ne peuvent donc pas la reconnaître davantage.

» Ce serait encore la même chose, si l'on pouvait considérer l'occupation des états romains par le roi de Naples en 1799 et 1800, comme une conquête véritable, faite par ce monarque pour son propre compte, non seulement sur les français, mais encore sur le Pape.

» En effet, c'est un principe du droit des gens, que l'occupation d'un pays par droit de conquête venant à cesser, tous les actes de Souveraineté et même de juridiction que le conquérant a faits, ou qui ont été faits en son nom, dans ce pays, cessent avec elle.

» Ce principe est formellement consacré par la loi du 28 frimaire an 8 : *L'arrêté du 17 brumaire an* 3 (y est-il dit), *par lequel les représentans du peuple en mission ont annulé les jugemens rendus pendant l'occupation de Valenciennes et de quelques places voisines, par l'ennemi, est maintenu; en conséquence, lesdits jugemens restent annulés.*

» Et il ne faut pas croire qu'il en soit autrement, lorsque c'est par un traité de paix que cesse l'occupation du conquérant : *Quand l'ennemi* (dit Vatel, n° 214) *rend une ville à la paix, il renonce au droit que les armes lui avaient acquis; c'est comme s'il ne l'eût jamais prise; il n'y a là aucune raison qui puisse dispenser le Souverain de la remettre dans ses droits, dans son premier état.*

» L'amnistie proclamée en 1800, dans les états romains, par le roi de Naples, aurait donc cessé, même dans la supposition que l'exposant vient de faire, par la rentrée du Pape dans la Souveraineté de ses états.

» Et dès-là, qu'a fait la cour spéciale de Rome, en appliquant cette amnistie à Joachim Pisani?

» Elle s'est dépouillée elle-même de son caractère de tribunal français; elle s'est transformée elle-même en tribunal napolitain; elle a commis un excès de pouvoir monstrueux.

» Elle a d'ailleurs violé les lois qui punissent les crimes qu'elle avait à juger. Obligée, d'après ces lois, de condamner Joachim Pisani, à la peine capitale, elle lui a fait grace de cette peine; elle a usurpé l'une des principales prérogatives de la Souveraineté.

» 3° Ce double reproche peut-il être écarté, soit par l'édit publié le 31 octobre 1800, par le cardinal Gonsalvi, soit par le jugement rendu contre Joachim Pisani en 1801? Non.

» D'abord, l'édit du 31 octobre 1800 n'amnistie que les crimes dont les sujets du Pape s'étaient rendus coupables *envers le Souverain*; il garde le plus profond silence sur les autres crimes qui avaient été commis avant la rentrée du Pape dans ses états; et cependant la cour spéciale de Rome a vu dans cet édit, une confirmation implicite de celui du roi de Naples. Suivant elle, le Pape a abrogé par cet édit, l'exception que le roi de Naples avait mise dans le sien, relativement aux crimes de lèse-majesté; il a par conséquent maintenu l'édit du roi de Naples dans toutes ses autres dispositions. Mais y a-t-elle bien réfléchi? Encore une fois, l'édit du roi de Naples s'était anéanti de lui-même, à l'instant où son auteur avait cessé d'occuper les états romains. Pour le faire revivre, le silence du Pape n'eût pas suffi; il eût fallu, de la part du Pape, une disposition expresse; et cette disposition, ce serait en vain qu'on la chercherait dans l'édit du 31 octobre 1800.

» Ensuite, que peut signifier ici le jugement de 1801? Ce jugement n'est point un acte du gouvernement papal; c'est un acte de l'autorité judiciaire exercé au nom du Pape;

et nulle part les juges n'ont le droit de faire des lois par leurs décisions. Ce jugement n'a donc pas pu être considéré par la cour spéciale de Rome, comme une preuve de l'acquiescement du Pape à l'exécution de l'édit du roi de Naples, du 14 janvier 1800.

» Que prononce d'ailleurs ce jugement, sur les crimes dont Joachim Pisani a été depuis accusé devant la cour spéciale de Rome? Rien. De l'aveu de la cour spéciale de Rome, ces crimes sont bien rappelés dans le jugement de 1801; mais ils ne le sont point par forme d'accusation; ils ne le sont que par forme de narration; ils ne le sont que pour faire ressortir d'autant mieux la scélératesse habituelle de Joachim Pisani; et tout le monde sait, la cour a même décidé formellement par deux arrêts de cassation, des 26 ventôse an 11 et 27 octobre 1809 (1), qu'un jugement ne peut pas être censé absoudre d'un délit, lorsque ce délit ne fait pas la matière directe de l'accusation sur laquelle il prononce, lorsque ce délit n'y est qu'énoncé.

» Que les magistrats qui ont rendu le jugement de 1801, aient douté, en se bornant à dénoncer le crime dont il s'agit, si l'amnistie du 14 janvier 1800 n'en empêchait pas la poursuite, cela peut être, c'est même ce qu'il y a de plus vraisemblable.

» Mais douter, ce n'est pas juger; douter si l'on peut condamner, ce n'est pas absoudre.

» Les crimes dont il s'agit, ne sont donc pas éteints par le jugement de 1801, comme ils ne le sont pas par l'amnistie du 14 janvier 1800, comme ils ne le sont pas par celle du 31 octobre de la même année.

» Ce considéré, il plaise à la cour, vu l'art. 441 du Code d'instruction criminelle, les art. 408 et 410 du même Code, et les lettres du grand-juge ministre de la justice des 20 et 23 de ce mois; casser et annuler, dans l'intérêt de la loi, l'arrêt de la cour spéciale du département de Rome, du 26 mars dernier, dont expédition est ci-jointe; et ordonner qu'à la diligence de l'exposant, l'arrêt de cassation à intervenir sera imprimé, et transcrit sur les registres de ladite cour.

» Fait au parquet, le 25 avril 1812. *Signé* Merlin.

» Ouï le rapport de M. Audier-Massillon, conseiller en la cour....;

» Vu l'art. 441 du Code d'instruction criminelle.....;

» Attendu que la disposition générale du susdit art. 441 ne saurait être modifiée ou restreinte au préjudice de la loi et du maintien des règles qu'elle a prescrites par l'art. 597 qui, en affranchissant les arrêts des cours spéciales du recours en cassation, n'a eu pour objet que d'assurer la prompte exécution de ces arrêts, et ne peut être appliquée conséquemment qu'aux pourvois que pourraient former les condamnés ou les magistrats chargés de la poursuite de l'action publique auprès de ces cours;

» Qu'il doit donc être statué sur le réquisitoire du procureur général, présenté en exécution de l'ordre du grand-juge ministre de la justice sus-énoncé, et aux fins de l'annullation dans l'intérêt de la loi, du susdit arrêt de la cour spéciale de Rome, en date du 26 mars dernier;

» Et attendu que, sur l'acte d'accusation porté contre Joachim Pisani, la cour spéciale de Rome, par son arrêt du 26 mars dernier, l'a déclaré coupable de vol, de pillage, de deux tentatives d'assassinat, et de cinq assassinats consommés;

» Que néanmoins elle l'a acquitté de l'accusation, sur le motif que les crimes qu'elle reconnaissait constans, étaient amnistiés;

» Que l'amnistie dont cette cour a ainsi fait l'application, est une amnistie portée dans une dépêche de la secrétairerie d'état et de guerre du royaume de Naples, publiée à Rome, au nom du roi Ferdinand, le 14 janvier 1800, et que la cour spéciale a déclaré *n'avoir été, par la suite, abrogée par aucune loi;*

» Mais que la reconnaissance et l'application d'un tel acte sur un territoire, et par des magistrats indépendans de la Souveraineté du roi Ferdinand, eût été, sous le régime pontifical, une violation des droits du Pape, et a été sous le gouvernement français, un attentat manifeste à sa souveraineté;

» Qu'en effet, une amnistie est essentiellement un acte de la puissance législative; que la puissance législative est un attribut de la Souveraineté; que le roi Ferdinand n'a jamais eu la souveraineté des états romains; que, s'il les a occupés momentanément, ce ne peut avoir été que comme allié du Pape, ou par droit de conquête; que, dans la première hypothèse, la souveraineté et conséquemment la puissance législative n'avaient pas discontinué d'appartenir au Pape; que, dans la seconde, la retraite des armées napolitaines ayant fait cesser l'occupation du territoire, elle avait fait cesser la Souveraineté de conquête, et anéanti de plein droit tous les actes émanés de cette Souveraineté instantanée et précaire;

(1) *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Délit*, §. 2.

» Que l'édit du cardinal Gonsalvi du 31 octobre 1800 n'a nullement *confirmé* l'amnistie du roi Ferdinand, ainsi que l'a pensé la cour spéciale de Rome, puisqu'il ne renferme aucune disposition, aucune expression qui la suppose en vigueur ni même en rappelle le souvenir; qu'il eût fallu néanmoins, de la part du Pape, un acte formel de sa puissance législative, pour donner force de loi, dans ses états, à un acte émané d'un prince étranger, et faire revivre l'autorité fugitive qu'il pouvait avoir eue pendant l'occupation des états romains par ce prince;

» Que l'amnistie qui est accordée par cet édit de 1800, étant limitée à ceux *qui, après la cessation du gouvernement pontifical, s'étaient rendus coupables envers le Souverain*, était absolument inapplicable à Pisani et aux crimes pour lesquels il était poursuivi devant la cour spéciale;

» Que le jugement rendu en 1801 contre Pisani n'a pas dû, non plus, être considéré, par la cour spéciale de Rome, comme une preuve de l'acquiescement du Pape à l'exécution de la dépêche ou édit du roi de Naples du 14 janvier 1800;

» Qu'un jugement n'est en effet, qu'un acte d'un tribunal prononçant sur un cas particulier; qu'il n'a d'autorité que pour le cas et les personnes qui en ont été l'objet; qu'il ne peut jamais avoir un caractère législatif; qu'on ne peut donc en induire une disposition législative;

» Que le jugement de 1801 n'avait point statué sur les crimes dont Pisani a été accusé devant la cour spéciale de Rome; que ces crimes n'y avaient été rappelés qu'énonciativement; qu'ils demeuraient donc toujours soumis à l'action de la vindicte publique;

» Qu'en déclarant qu'ils étaient amnistiés, la cour spéciale de Rome a méconnu les droits du Souverain dont elle tient son caractère et son autorité, et a violé les lois pénales qui s'appliquaient aux crimes qu'elle avait déclarés constans;

» D'après ces motifs, la cour casse et annulle, dans l'intérêt de la loi, l'arrêt rendu par la cour spéciale de Rome, le 26 mars dernier, en faveur de Joachim Pisani.

» Jugé et prononcé à l'audience publique de la cour de cassation, section criminelle, le 30 avril 1812 ».]]

SPECTACLE. Représentation théâtrale qu'on donne au public.

[[I. On a vu, à l'article *Comédien*, que les théâtres sont soumis à la surveillance et à l'action de la police.

De là, le décret du 21 frimaire an 14, ainsi conçu:

« Art. 1. Les commissaires généraux de police sont chargés de la police des théâtres, seulement en ce qui concerne les ouvrages qui y sont représentés.

» 2. Les maires sont chargés, sous tous les rapports, de la police des théâtres et du maintien de l'ordre et de la sûreté ».

II. Le décret du 8 juin 1806 contient, sur les théâtres, les dispositions suivantes:

« Tit. 1. *Des théâtres de la capitale.*

» Art. 1. Aucun théâtre ne pourra s'établir dans la capitale, sans notre autorisation spéciale, sur le rapport qui nous en sera fait par notre ministre de l'intérieur.

» 2. Tout entrepreneur qui voudra obtenir cette autorisation, sera tenu de faire la déclaration prescrite par la loi, et de justifier, devant notre ministre de l'intérieur, des moyens qu'il aura pour assurer l'exécution de ses engagemens....

» 4. Les répertoires de l'Opéra, de la Comédie française et de l'Opera comique, seront arrêtés par le ministre de l'intérieur, et nul autre théâtre ne pourra représenter à Paris des pièces comprises dans les répertoires de ces trois grands théâtres, sans leur autorisation, et sans leur payer une rétribution qui sera réglée de gré à gré, et avec l'autorisation du ministre.

» 5. Le ministre de l'intérieur pourra assigner à chaque théâtre un genre de spectacle dans lequel il sera tenu de se renfermer.

» 6. L'Opéra pourrra seul donner des ballets ayant les caractères qui sont propres à ce théâtre, et qui seront déterminés par le ministre de l'intérieur. Il sera le seul théâtre qui pourra donner des bals masqués.

» Tit. 2. *Théâtres des départemens.*

» Art. 7. Dans les grandes villes de l'Empire, les théâtres seront réduits au nombre de deux. Dans les autres villes, il n'en pourra subsister qu'un. Tous devront être munis de l'autorisation du préfet, qui rendra compte de leur situation au ministre de l'intérieur.

» 8. Aucune troupe ambulante ne pourra subsister sans l'autorisation des ministres de l'intérieur et de la police. Le ministre de l'intérieur designera les arrondissemens qui leur seront destinés, et en préviendra les préfets.

» 9. Dans chaque chef-lieu de département, le théâtre principal jouira seul du droit de donner des bals masqués.

» Tit. 3. *Des auteurs.*

» Art. 10. Les auteurs et les entrepreneurs

seront libres de déterminer entre eux, par des conventions mutuelles, les rétributions dues aux premiers par somme fixe ou autrement.

» 11. Les autorités locales veilleront strictement à l'exécution de ces conventions.

» 12. Les propriétaires d'ouvrages dramatiques posthumes ont les mêmes droits que l'auteur : et les dispositions sur la propriété des auteurs, et sur sa durée, leur sont applicables ainsi qu'il est dit au décret du 1er germinal an 13.

» *Dispositions générales.*

» Art. 13. Tout entrepreneur qui aura fait faillite, ne pourra plus rouvrir de théâtres.

» 14. Aucune pièce ne pourra être jouée sans l'autorisation du ministre de la police générale.

» 15. Les Spectacles de curiosités seront soumis à des réglemens particuliers, et ne porteront plus le titre de *théâtres* ».

III. A ces dispositions, le décret du 29 juillet 1807, en ajoute d'autres que l'on peut voir dans le *Bulletin des lois*.

IV. Du principe que les maires sont chargés de la police des théâtres, s'ensuit-il que l'entrepreneur d'un Spectacle est tenu de l'ouvrir, sur l'injonction que lui en a faite le maire ?

Le 23 janvier 1806, le maire de Marseille, informé que le sieur Beaussier, chargé depuis vingt-cinq ans de l'entreprise du grand théâtre de cette ville, ne paie pas les artistes qui composent sa troupe, que ceux-ci refusent en conséquence de jouer, et que de là résulte, dans les représentations de ce théâtre, une interruption qu'il importe de faire cesser; prend un arrêté par lequel il enjoint, 1° au sieur Beaussier, sous les peines de droit, de reprendre le Spectacle du grand théâtre, à compter du 25 du même mois, et de le continuer sans interruption ultérieure, jusqu'à la fin de l'année théâtrale; 2° aux acteurs de la troupe du sieur Beaussier, de remplir leurs engagemens envers le public.

Cet arrêté est publié et notifié, tant au sieur Beaussier, qu'aux acteurs, mais reste sans exécution.

Le sieur Beaussier est cité devant le tribunal de police. Il répond qu'il a engagé les acteurs à jouer le 25 janvier, mais qu'ils lui ont fait connaître l'impuissance où ils étaient de le faire. Les principaux acteurs déclarent au contraire qu'ils auraient joué ce jour là, si le sieur Beaussier eût fait afficher.

Le 30 du même mois, le tribunal déclare le sieur Beaussier coupable de contravention à un arrêté de police, le condamne à un emprisonnement de trois jours, et ordonne que le jugement sera imprimé et affiché à ses frais, au nombre de 150 exemplaires.

Le sieur Beaussier se pourvoit en cassation, et soutient, 1° que le fait pour lequel il a été condamné, ne constitue pas un délit; 2° que ce fait n'est pas compris dans la classe des délits dont la connaissance est attribuée aux tribunaux de police; 3° que l'impression et l'affiche du jugement forment une aggravation de peine qui excède les pouvoirs des tribunaux.

Par arrêt du 11 avril 1806, au rapport de M. Lombard-Quincieux,

« Considérant que l'arrêté pris par le maire de Marseille, le 23 janvier dernier, pour enjoindre à Beaussier, entrepreneur du Spectacle dans cette ville, de continuer, comme par le passé, le Spectacle au grand théâtre, jusqu'à la fin de l'année théâtrale, tient à l'ordre public; que Beaussier, en n'ouvrant pas son théâtre, a contrevenu à cet arrêté, qui avait été publié, affiché, et qui lui avait même été notifié;

» Que cette contravention donnant lieu à une peine de simple police, le tribunal de police de Marseille a pu infliger à Beaussier, en conformité de l'art. 606 du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4, transcrit dans son jugement, celle qui y est prononcée;

» Que la contravention étant publique, le tribunal de police n'a contrevenu à aucune loi, en ordonnant, sur les réquisitions du ministère public, l'impression et l'affiche du jugement;

» La cour rejette le pourvoi.... ».]]

[[SPOLIATION D'HÉRÉDITÉ. *V.* les articles *Recélé* et *Vol.*]]

*STATUT. Ce terme s'applique en général à toutes sortes de lois et de réglemens. Chaque disposition d'une loi est un Statut qui permet, ordonne ou défend quelque chose.

Un des points le plus difficiles à bien démêler dans la jurisprudence, c'est de déterminer la nature et le pouvoir des Statuts, c'est-à-dire, en quel cas chaque loi doit recevoir son application.

En général, les lois sont réelles, *clauduntur territorio* : cependant on est souvent embarrassé à déterminer quel Statut on doit suivre pour la décision d'une contestation. Souvent le Statut du domicile se trouve en concurrence avec les différens Statuts de la situation des biens, avec celui du lieu où l'acte a été passé, du lieu où l'exécution s'en fait; et pour connaître le pouvoir de chaque Statut, et celui d'entr'eux qui doit prévaloir, il faut, d'o-

bord, distinguer deux sortes de Statuts, les uns personnels, les autres réels.

Les Statuts personnels sont ceux qui ont principalement pour objet la personne, et qui ne traitent des biens qu'accessoirement : tels sont ceux qui regardent la naissance, la légitimité, la liberté, les droits de cité, la majorité, l'incapacité de s'obliger, de tester, d'ester en jugement, etc.

Les Statuts réels sont ceux qui ont pour objet principal les biens, et qui ne parlent de la personne que relativement aux biens : tels sont ceux qui concernent les dispositions qu'on peut faire de ses biens, soit entre-vifs, soit par testament.

Quelques auteurs distinguent une troisième espèce de Statuts, qu'ils appellent mixtes : ce sont, suivant eux, les Statuts qui concernent tout à la fois la personne et les biens ; mais de cette manière, la plupart des Statuts seraient mixtes, n'y ayant aucune loi qui ne soit faite pour les personnes, et aussi presque toujours par rapport aux biens. A dire vrai, il n'y a point de Statuts mixtes, ou du moins qui soient autant personnels que réels ; car il n'y a point de Statut qui n'ait un objet principal ; cet objet est réel ou personnel, et détermine la qualité du Statut.

Le Statut du domicile règle l'état de la personne, et sa capacité ou incapacité personnelle; il règle aussi les actions personnelles, les meubles et effets mobiliers, en quelque lieu qu'ils se trouvent situés de fait. Le pouvoir de ce Statut du domicile s'étend partout pour ce qui est de son ressort ; ainsi, celui qui est majeur selon la loi de son domicile, est majeur partout

Le Statut de la situation des biens en règle la qualité et la disposition. Quand le Statut du domicile et celui de la situation sont en contradiction l'un avec l'autre, s'il s'agit de l'état et de la capacité de la personne, c'est le Statut du domicile qui doit prévaloir ; s'il s'agit de la disposition des biens, c'est la loi du lieu où ils sont situés qu'il faut suivre.

Si plusieurs Statuts réels se trouvent en concurrence, chacun a son effet pour les biens qu'il régit.

En matière d'actes, c'est le Statut du lieu où on les passe, qui en règle la forme.

Mais il y a certaines formalités qui servent à habiliter la personne, telles que l'autorisation du mari à l'égard de sa femme : celles-là se règlent par le Statut du domicile comme touchant la capacité personnelle ; d'autres sont de la substance de la disposition même, telles que la tradition et l'insinuation dans les donations ; et celles-ci se règlent par le Statut du lieu où sont les biens dont on dispose.

Enfin, dans l'ordre judiciaire, on distingue deux sortes de Statuts : ceux qui concernent l'instruction, et ceux qui touchent la décision : pour les premiers, *litis ordinatoria*, on suit la loi du lieu où l'on plaide ; pour les autres, *litis decisoria*, on suit la loi qui régit les personnes ou leurs biens, selon que l'un ou l'autre est l'objet principal de la contestation. (M. Guyot.)*

[[*V.* les articles *Autorisation maritale*, sect. 10; *Conventions matrimoniales*, §. 2; *Majorité*, §. 5 ; *Preuve*, sect. 2, §. 3, art. 1, n° 3 ; *Puissance maritale*, sect. 2, §. 2, art. 3 ; *Puissance paternelle*, sect. 7 ; *Testament*, sect. 1, §. 5, et sect. 3 ; et *Viduité* (*Droit de*), n° 5.

* STELLIONAT, STELLIONATAIRE. C'était le nom qu'on donnait généralement, dans le droit romain, à toutes les espèces de fraudes que l'on commettait dans les conventions. Le mot *Stellionat* tire son origine du mot latin *stellio*, qui était donné à une espèce de lézard qu'on distinguait par la finesse et par la varité de ses couleurs, parceque les coupables de ce délit emploient toutes sortes de ruses et de finesses pour cacher leurs fraudes.

I. Suivant le droit romain, le *Stellionat* est le crime de celui qui, par dol, cède, vend, ou engage une chose qu'il a déjà cédée, vendue ou engagée, et qui cache cet engagement à la personne avec laquelle il contracte.

Suivant les mêmes lois, le débiteur qui engage ou donne en paiement à ses créanciers une chose qu'il sait ne pas lui appartenir, se rend coupable de *Stellionat*.

On peut également, suivant ces lois, poursuivre comme *Stellionataire*, celui qui ose soustraire ou altérer des effets obligés envers d'autres.

Ces lois considèrent encore comme coupable de *Stellionat*, celui qui collude avec un autre au préjudice d'un tiers.

Elles réputent aussi tel, le marchand qui donne une marchandise pour une autre qu'il a vendue, et qui était d'un prix supérieur.

Enfin elles rangent dans cette classe ceux qui font de fausses déclarations dans des actes. [[*V.* l'article *Faux*, sect. 1. §. 4.]]

Il résulte de ces différentes espèces de Stellionat, admises par les lois romaines, que, dans l'esprit de ces lois, ces crimes ne se commettent pas seulement dans les conventions, mais encore par le seul fait et sans qu'il y fût joint aucune déclaration expresse.

II. Dans le droit français, on ne regarde comme Stellionataire, que celui qui fait une déclaration frauduleuse dans un contrat, soit en vendant un héritage qui ne lui appartient pas ou qui est substitué, soit en déclarant franc et quitte de toutes charges, un fonds qui se trouve déjà hypothéqué à d'autres.

[[« Il y a Stellionat (dit le Code civil, art. » 2069), lorsqu'on vend ou qu'on hypothèque » un immeuble dont on sait n'être pas pro- » priétaire, lorsqu'on présente comme libres » des biens hypothéqués, ou que l'on déclare » des hypothèques moindres que celles dont » ces biens sont chargés ».]]

Ainsi, on peut commettre ce délit, non-seulement dans les ventes et dans les obligations, mais encore dans les constitutions de rente.

Boniface rapporte deux arrêts du parlement d'Aix, qui ont jugé, l'un, du 18 juin 1639, que celui qui donne en gage une chose pour une autre, si elle vaut moins, peut être poursuivi comme *Stellionataire*; l'autre, du 8 mai 1666, que celui qui passe des actes simulés pour paraître riche, afin de tromper les autres, peut être poursuivi comme *Stellionataire*.

[Peut-on traiter comme Stellionataire, celui qui, ayant emprunté avec promesse de faire emploi avec subrogation, ne l'a point fait?

« Par arrêt du 11 janvier 1719, le parlement de Pau a jugé que celui qui emprunte pour éteindre une obligation, et promet au prêteur la subrogation, est simplement tenu de la rapporter.

» Dans l'espèce, Jeanne avait prêté à Pierre une certaine somme qu'il avait déclaré vouloir employer au paiement de Martin, son légitimaire, qui possédait un certain fonds, pour raison de sa légitime, qui était évalué à la somme empruntée; et il avait promis à Jeanne de lui rapporter la subrogation, avec le droit de jouir du fonds pour raison des intérêts; mais Pierre ne rapporta point la subrogation, ni ne paya les intérêts à Jeanne. Celle-ci réclama la contrainte par corps, disant que Pierre était un notaire rusé qui l'avait trompée, en ce qu'ayant emprunté la somme pour l'usage ci-dessus, et à la charge de rapporter la subrogation, il avait, au contraire, diverti la somme prêtée; que c'était là une tromperie et un véritable Stellionat. Pierre répondit qu'il n'y avait pas lieu à la contrainte par corps; que son obligation était pure et simple, que ce n'était pas là un Stellionat, et qu'au pis aller, il ne pouvait être condamné, à cet égard, qu'à rapporter la subrogation : c'est ce qui fut ordonné ». (*Recueils manuscrits des anciens avocats au parlement de Pau.*]

III. La peine du Stellionat, chez les Romains, était arbitraire; on le punissait d'une manière plus ou moins sévère, suivant les circonstances.

En France, la peine qu'on prononce contre les Stellionataires, dépend de la gravité du dol, et des circonstances qui l'ont accompagné.

On condamne ordinairement les coupables de ce délit à une amende ou au bannissement, quelquefois au fouet et à l'amende honorable; mais ces dernières peines ne se prononcent que lorsqu'il y a un dol considérable.

Des coutumes, entre autres celle de Bretagne, veulent que celui qui vend la même chose à deux personnes, soit condamné à la peine prononcée par les lois contre les faussaires; mais la rigueur de la disposition de la coutume de Bretagne n'est pas observée : on se borne à condamner les coupables aux peines portées contre les Stellionataires.

On poursuivait autrefois le Stellionat par la voie criminelle; mais on ne prend aujourd'hui cette voie que lorsque le dol est accompagné de circonstances très-graves.

[[Aujourd'hui, dans aucun cas, le Stellionat ne peut être poursuivi par cette voie. *V.* l'article *Escroquerie*, nº 8.]]

IV. Dans tous les cas, les condamnations prononcées contre les Stellionataires, emportent la contrainte par corps, et les juges ne manquent jamais de l'ordonner.

Quoique les contraintes par corps aient été abrogées par l'art. 4 du tit. 34 de l'ordonnance de 1667, cette loi a fait une exception contre les Stellionataires, et elle a voulu qu'ils fussent soumis à la contrainte par corps. [[Le Code civil, art. 2059, dit la même chose.]]

Les septuagénaires et les femmes, qui, dans toutes les autres circonstances, tiennent des lois les priviléges les plus étendus, ne jouissent d'aucun lorsqu'ils sont Stellionataires : ils sont, comme les autres coupables de ce délit, soumis à la contrainte par corps. [[Même disposition dans le Code civil, art. 2066.]]

Cependant, quoiqu'une femme mariée ait participé au Stellionat commis par son mari, elle n'est pas condamnée à partager les peines de ce crime avec son époux, parceque la loi veut, pour qu'on prononce les peines du Stellionat contre les femmes, *que ce délit provienne de leur fait personnel.* Ainsi, lorsqu'elles l'ont commis conjointement avec leurs maris, ces derniers sont regardés comme seuls coupables.

Ce principe important a été consacré par un édit du mois de juillet 1680.

[[On retrouve les dispositions de cet édit dans l'art. 2066 du Code civil :

» La contrainte par corps ne peut être prononcée contre les septuagénaires, les femmes et les filles, que dans le cas de Stellionat. Il suffit que la soixante-dixième année soit commencée, pour jouir de la faveur accordée aux septuagénaires.

» La contrainte par corps pour cause de Stellionat pendant le mariage, n'a lieu contre les femmes mariées, que lorsqu'elles sont séparées de biens, ou lorsqu'elles ont des biens dont elles se sont réservé la libre administration, et à raison des engagemens qui concernent ces biens. Les femmes qui, étant en communauté, se seraient obligées conjointement ou solidairement avec leur mari, ne pourront être réputées Stellionataires, à raison de ces contrats ».]]

Un arrêtiste moderne rapporte un arrêt du parlement de Paris, du 18 février 1716, par lequel il a été jugé qu'une femme mineure, quoique séparée de biens d'avec son mari, qui s'était dite majeure, pouvait être restituée contre les actes dans lesquels elle avait commis un Stellionat.

Voici l'espèce d'un autre arrêt de la même cour, qui est rapporté par le même arrêtiste :

« Les sieur et dame Carré de Vaudhui, qui avaient été condamnés solidairement par sentence du châtelet (et le mari par corps, comme Stellionataire), à rembourser une rente de 300 livres, au principal de 6,000 livres, due au sieur Crosville, ont prétendu, sur l'appel qu'ils ont interjeté de cette sentence, que la femme ne pouvait être contrainte au remboursement, parcequ'elle n'était pas assujétie à la peine du Stellionat, qui est personnel au mari, et qu'on ne pouvait exiger d'elle que le paiement des arrérages.

» Le sieur de Crosville répondait que la contrainte par corps, qui est la peine du délit, n'avait pas lieu contre la femme ; mais que le remboursement était l'intérêt civil et une suite de la fausse déclaration dont les coobligés solidaires étaient également tenus, puisqu'ils s'étaient solidairement obligés à payer, tant le principal que les arrérages de la rente.

» Par arrêt du 2 septembre 1760, la sentence du châtelet fut confirmée ».

V. Les Stellionataires ne peuvent se soustraire à la contrainte par corps, en demandant d'être reçus au bénéfice de cession.

[[C'est la disposition expresse du Code de procédure civile, art. 906 du Code de commerce, art. 575.

L'art. 612 de ce dernier Code les déclare également incapables d'être admis à la réhabilitation après une faillite.]]

VI. Il n'y a pas lieu à la peine du Stellionat, lorsque celui qui s'en plaint, est lui-même complice de la fraude. (M. Desessarts.)*

[[VII. Le Stellionat qui, par l'événement, n'a point nui et ne peut pas nuire à la partie qui s'en plaint, doit-il donner lieu à la contrainte par corps ?

Non : car, qu'est-ce que le Stellionat ? C'est une fraude pratiquée au détriment de quelqu'un. Mais pour qu'il y ait fraude, deux circonstances doivent nécessairement concourir, l'intention et l'événement : *Fraudis interpretatio*, dit la loi 79, *de regulis juris*, au Digeste, *semper in jure civili, non ex eventu duntaxat, sed ex consilio quoque desideratur.* Il n'y a donc pas de fraude aux yeux de la loi, lorsque l'intention que l'on a eue de frauder, reste sans effet : *Ità demùm revocatur* (dit la loi 3, §. 1, *quæ in fraudem creditorum*, au Digeste) *quod fraudandorum creditorum causâ factum est, si eventum fraus habuerit.*

Au surplus, *V.* les articles *Contrainte par corps*, *Dol*, *Fraude* et *Vente*, §. 2, n° 9.]]

[[STIPULATION. Ce terme a, parmi nous une acception toute différente de celle qu'il avait dans le droit romain.

Dans le droit romain, il désignait une convention qui se composait d'une demande et d'une réponse, et par laquelle, sur la demande de l'une des parties, tendant à savoir si l'autre s'obligeait de donner ou de faire telle chose, celle-ci répondait qu'en effet elle s'en imposait l'obligation.

Cette manière de s'obliger était la seule efficace dans tous les contrats auxquels le droit civil n'avait pas donné un nom spécial, c'est-à-dire, dans tous les contrats autres que la vente, le louage, le mandat, la société, le prêt et le dépôt. Ceux-ci exceptés, tous les contrats qui n'étaient pas en forme de Stipulation, ne produisaient régulièrement aucune action en justice ; il en résultait seulement des exceptions en faveur des parties qui ne plaidaient qu'en défendant. *V.* Voët, sur le Digeste, titres *de pactis* et *de verborum obligationibus.*

Notre jurisprudence n'a jamais admis cette distinction : et dans tous les temps, le simple pacte a été, parmi nous, tout aussi obligatoire que la Stipulation la plus solennelle.

Et de là vient que, dans notre usage, le mot

Stipulation se dit de toutes les clauses, de toutes les conditions, de tous les engagemens qui interviennent dans un acte. *V.* les articles *Acte sous seing-privé*, §. 2, *Pacte*, *Clause*, *Convention*, etc.]]

[[STIPULATION POUR AUTRUI. Dans quels cas peut-on stipuler pour un *tiers absent* ? La Stipulation insérée dans un contrat, au profit d'un tiers absent, peut-elle être révoquée par les parties contractantes, sans le consentement de ce tiers ?

V. l'article *Révocation de Substitution*, §. 2, et le plaidoyer ainsi que l'arrêt du 8 messidor an 13, rapportés à l'article *Acte sous seing-privé*, §. 2.]]

* SUBHASTATION. Vente publique faite en justice, au plus offrant et dernier enchérisseur, d'un ou de plusieurs héritages d'un débiteur.

Ces ventes ont été ainsi appelées, parcequ'elles tirent leur origine des ventes judiciaires usitées chez les romains, qui se faisaient *sub hastâ*. On plantait une pique au lieu où la vente se faisait à l'encan, pour marque de l'autorité ; car cette vente ne se faisait qu'en vertu d'une ordonnance du préteur.

Les Subhastations sont pratiquées dans les provinces de Bresse, Bugey, Gex et Valromey. L'usage y en a été confirmé par des lettres-patentes du mois de novembre 1601, et par deux déclarations des 3 juillet et 6 décembre 1702.

On observe peu de formalités pour les adjudications des biens qui se vendent par Subhastation. Toutes les enchères s'y reçoivent sans ministère de procureur ; et à la troisième criée, on adjuge le bien au plus offrant et dernier enchérisseur. On dresse un procès-verbal de l'adjudication, et cet acte transfère à l'adjudicataire la propriété, en telle sorte que les fruits du bien subhasté lui appartiennent du jour même qu'il lui a été adjugé.

Les oppositions à fin de distraire, de charger ou de conserver, ne sont pas nécessaires dans le cas de Subhastation, parcequ'elles ne purgent ni les hypothèques ni le droit de propriété ; mais on y voit souvent des oppositions à fin d'annuler, quand il y a des nullités dans la forme ou dans le fond.

Lorsque celui dont le bien est subhasté, a été condamné par le juge à payer, il ne peut être admis à proposer ses moyens de nullité qu'il n'ait auparavant consigné en deniers la somme pour laquelle il a été exécuté, et une somme convenable pour les intérêts, s'il en est dû. C'est ce qu'observe Collet sur les statuts de Bresse ; mais la consignation n'est pas nécessaire quand un tiers qui n'est pas le débiteur, débat la Subhastation, ou que ce débiteur soutient que la dette est acquittée.

Les statuts de Bresse accordent aux personnes dont les biens ont été subhastés, le droit de retirer leurs biens dans les six mois, en remboursant à l'acquéreur le prix principal et les frais. Ces six mois ne commencent à courir que du jour que l'adjudicataire a fait signifier à la partie subhastée, les lettres de mise en possession du bien vendu par Subhastation. (M. Guyot.) *

[[Ce droit de retrait a été aboli par l'art. 18 de la loi du 25 août 1792. *V.* l'article *Rabatement de décret*.

Quant aux Subhastations elles-mêmes, l'abrogation en a été prononcée par l'art. 36 de la deuxième loi du 11 brumaire an 7. *V.* les articles *Expropriation forcée*, et *Saisie immobilière*.]]

* SUBORNATION. Séduction par laquelle on engage quelqu'un à faire quelque chose contre son devoir.

Ce terme est principalement usité pour exprimer la corruption des témoins qu'on engage à certifier ou déposer quelque chose contre la vérité.

I. Ce délit est punissable en raison des conséquences qu'il peut avoir, et qui sont toujours en proportion du chef de demande, ou des chefs d'accusation.

On peut suborner des témoins dans les affaires civiles comme dans les affaires criminelles, parceque, dans les affaires civiles, il arrive souvent que le juge fait précéder son jugement d'une enquête, et le fait, par là, dépendre de la déposition des témoins.

Il y a donc, dans tous les cas, toujours un crime à faire déposer par un témoin ce qui est contraire à la vérité, puisque c'est tendre un piége à la justice et lui faire prononcer une décision contraire à ses principes d'équité.

Le suborneur, dans une demande d'intérêt, fait de la justice un instrument de spoliation et de vol, il la contraint d'employer ses mains pures à la rapine, pour l'enrichir aux dépens d'un autre qui ne lui doit rien.

Dans une demande en séparation de corps formée par une femme, souvent plus tourmentée du désir de l'indépendance, qu'incommodée de la chaine du mariage, plus occupée de se réunir à l'objet de son nouvel amour, qu'obligée de s'éloigner de celui qui a le droit de s'opposer à cette criminelle réunion, la Subornation rend la justice complice de ses égaremens, en lui faisant relâcher les nœuds sacrés

du mariage, et faciliter ceux du vice et de l'adultère.

Mais ce crime est bien plus punissable, lorsqu'il a pour objet de charger un innocent des apparences du crime, et de le faire traîner au tribunal de la sévère loi, soit pour qu'elle le frappe de son glaive, soit pour qu'elle le fasse descendre dans une servitude flétrissante, soit pour qu'elle le bannisse de la société comme un être impur.

Combien ce crime a d'effets funestes! Il commence par corrompre des hommes faibles, et en fait des parjures: il transforme les juges, établis pour effrayer le crime, en fléaux de l'innocence; il livre le juste à la mort ou à l'infamie; et il expose ceux qui ont été séduits par lui, à mourir victimes de sa séduction, si le ciel ne permet que leur mensonge soit découvert.

Il n'est pas nécessaire que le suborneur ait réussi à faire effectivement déposer le faux, pour qu'il soit envisagé comme coupable et puni comme tel; il suffit qu'il l'ait tenté.

[[*V.* ci-après, n° 7.]]

On peut pareillement être un suborneur et puni comme tel, quand bien même on n'engagerait des témoins qu'à déposer ce qui serait réellement arrivé, mais dont ils n'auraient pas été témoins. Ainsi, par exemple, j'ai été volé par un homme que je connais; j'étais seul et sans armes; il était armé et soutenu par des complices: il a fallu céder à la force, et lui remettre ce que j'avais d'argent et d'effets précieux. J'ai le plus grand intérêt qu'il soit condamné à me restituer ce qu'il m'a pris; je m'adresse à des amis, à des serviteurs qui ont confiance dans mes paroles, qui savent que je suis incapable de calomnier qui que ce soit; je leur raconte ce qui vient de m'arriver; je leur détaille toutes les circonstances du vol qui m'a été fait; ils voient la vérité sur le bord de mes lèvres; ils partagent ma peine, mon indignation; je leur exprime mon embarras. J'étais seul, leur dis-je; la justice ne veut pas ajouter foi à ma simple déposition; rien ne prouvera que cet argent qui m'a été pris, n'appartienne plutôt qu'à celui qui s'en est emparé; et à l'égard de mes effets, il les a donnés à d'autres que je ne connais pas. Si quelqu'un pouvait m'avoir entendu appeler du secours, si un autre avait seulement vu le brigand s'enfuir, je serais écouté, mon argent me serait restitué, et le vol ne serait pas impuni. Plusieurs de ceux auxquels je parle, partagent mes regrets, s'écrient: mais ne pouvons-nous pas déclarer que nous avons vu de loin le voleur s'enfuir? Quel mal y aurait-il? Nous ne chargerions pas un innocent, et ce serait un coquin de moins à craindre pour la société. Reconnaissant de cette offre généreuse, je n'ai pas la prudence de la rejeter; je rends plainte contre le coupable; il est à l'instant décrété de prise de corps et conduit en prison: on fait assigner différens particuliers, du nombre desquels sont ceux qui m'ont montré tant de zèle; ils déposent ce qu'ils sont convenus de déclarer; on les récolle, ils persistent dans leurs dépositions; on les confronte: l'accusé paraît hardiment devant eux, et soutient qu'il ne m'a rien volé; qu'il n'est pas même entré dans ma maison: qu'ils sont des imposteurs, s'ils disent l'avoir vu. Les témoins sont un peu déconcertés de son assurance: il entrevoit leur incertitude, il en devient plus audacieux, il les accable de questions. Par quel endroit me suis-je introduit? Quelle heure était-il? Quel habit avais-je? De quel côté me suis-je enfui? Un *témoin balbutie*, se trouble: l'accusé, qui démêle le mensonge, rend plainte en Subornation..... Voilà tout-à-coup la procedure qui était suivie contre lui, interrompue: l'accusateur, les témoins deviennent à leur tour des accusés. Pressés par le juge, les derniers se coupent, et finissent par avouer qu'ils n'ont vu ni le vol, ni le voleur, mais que, frappés du récit que je leur ai fait, et convaincus que j'étais incapable de leur en imposer, ils n'ont pas cru commettre un crime en appuyant la vérité de leurs témoignages. Cet aveu, qui établit la preuve d'une Subornation active de ma part, et passive de la leur, nous enveloppe tous dans un jugement affreux, tandis que, s'il ne survient point d'autres indices contre le premier accusé, il sort, quoique coupable, triomphant de la prison, enrichi de dommages et intérêts auxquels nous avons été condamnés envers lui. Mais quand même la preuve de son vol serait venue depuis frapper les regards de la justice, et aurait justifié les témoins et moi, nous n'en serions pas moins criminels et punissables, pour avoir voulu étayer la vérité par le mensonge.

La supposition que nous venons de faire, n'est pas dénuée de vraisemblance. J'ai vu, dit Jousse, dans son *Traité des matières criminelles*, « au présidial d'Orléans, *en 1746*, » condamner deux particuliers, l'un aux ga» lères à perpétuité, et l'autre, qui était une » fille, à être renfermée dans une maison de » force, pour avoir, sur leurs dépositions, » fait condamner un accusé à mort pour vol » avec effraction extérieure et violence pu» blique, auquel vol ils disaient avoir été » présens, ce qui fut trouvé faux; et néan-

» moins il fut prouvé d'ailleurs, et même » avant la condamnation de ces deux témoins, » que le particulier condamné à mort, était » véritablement l'auteur du vol ».

II. La peine des suborneurs et des subornés, même en matière d'intérêt, peut aller jusqu'à la mort. Par un édit de François Ier, du mois de mars 1531, et par une ordonnance de Henri III de 1585, il est déclaré « que tous » ceux qui seront atteints et convaincus d'a- » voir fait et passé faux contrats, et porté » faux témoignage en justice, soit en matière » civile ou criminelle, ensemble les suborna- » teurs desdits faux témoins, seront exécutés » à mort, tel que les juges l'arbitreront, selon » l'exigence des cas ».

Cette loi, qui, au premier coup d'œil, paraît très-sévère lorsqu'elle porte sur des témoins subornés qui n'ont déposé que dans des affaires d'intérêt, ne l'est pourtant pas plus que celle qui condamne à mort un voleur qui dépouille les passans sur les grands chemins. Car n'est-ce pas un acte de violence et d'injustice bien public, bien authentique, que de faire enlever à un homme ce qui lui appartient légitimement, en jurant ou en faisant jurer à la justice qu'il le doit à un autre? Trois hommes de mauvaise foi qui s'entendent ensemble, l'un pour demander une somme qui ne lui est pas due, deux autres pour affirmer qu'ils la lui ont vu déposer, ne sont-ils pas aussi dangereux que trois brigands qui réunissent leurs forces pour obliger un voyageur à leur donner sa bourse? Il est souvent même plus facile d'échapper aux derniers, ou de les vaincre, que de triompher des premiers.

Néanmoins il est bien rare, ou, pour mieux dire, il n'arrive jamais de condamner à mort les faux témoins et les suborneurs dans les affaires civiles. Imbert, liv. 3, chap. 2, rapporte un arrêt du 2 septembre 1595, qui condamne Noël Lebret à faire amende honorable *in figuris*, au fouet et en cinq ans de bannissement, pour avoir corrompu quelques témoins dans une affaire criminelle.

[[On a vu aux mots *Faux témoignage*, quelles sont, relativement aux faux témoins, les dispositions du Code pénal du 25 septembre 1791, de la loi du 5 pluviôse an 2, et du Code pénal de 1810.

Quant aux suborneurs, *V.* ci-après, no 7.]]

III. L'ordonnance de 1667, a sagement prévenu l'effet de la Subornation en matière d'intérêts, en déclarant, par l'art. 11 du tit. 20, que *la preuve par témoins ne pourra être proposée ni reçue pour une somme plus forte que celle de cent livres.* Mais il y a des exceptions à cette règle, dont la Subornation peut abuser, telle que celle qui est relative au dépôt fait entre les mains d'un hôte ou d'un hôtesse, dont la preuve peut être établie par témoins, quoique ce dépôt excède plus de cent francs.

[[*V.* l'article *Preuve*, sect. 2, §. 3.]]

IV. La Subornation ne se rencontre que trop souvent dans les affaires qui portent sur des demandes en interdiction, ou sur des demandes en séparation de corps; et elle est très-punissable, puisqu'elle enlève souvent à l'homme victime de ses machinations, l'usage de ses facultés, son état, la libre disposition de sa fortune, et le fait descendre dans la classe des inutiles et des insensés.

Combien de fois n'a-t-on pas vu des parens avides, et même des enfans, dénoncer injustement un oncle, un père comme un imbécille, un dissipateur, et faire entendre des témoins corrompus qui attestaient de fausses dissipations, des dépenses chimériques, ou des traits de démence inventés?

Certainement si la justice eût reconnu la fraude et l'intelligence qui régnaient entre les témoins et les dénonciateurs, elle les eût punis sévèrement.

Les femmes qui ont formé leur demande en séparation, ne sont, pour la plupart, si téméraires dans les faits de vexation, de fureur qu'elles articulent contre leur mari, que l'inconstance ou le dégoût transforment à leur égard en des objets odieux, que parcequ'elles se flattent que, si elles peuvent être admises à la preuve, des serviteurs, des ouvriers que l'intérêt attache à leur sort, se prêteront à attester les mauvais traitemens qu'elles ont inventés.

Cette subornation, si elle était découverte, exposerait la suborneuse et les témoins à une punition sévère; et elle mérite d'autant moins l'indulgence de la justice, que son effet est de mettre les magistrats dans la nécessité de séparer deux êtres que la mort seule semblait pouvoir désunir, et de les condamner à la stérilité, ou du moins à ne produire que des enfans illégitimes.

Combien, au fond, ne résulte-t-il pas d'inconvéniens de cette espèce de Subornation, que les gens du monde regardent comme assez indifférente? 1o calomnie affreuse de la part de la femme contre le père de ses enfans; 2o parjure des témoins corrompus, qui, sous la foi du serment, attestent à la justice des faits dont le récit leur a été suggéré; 3o jugement injuste et, en quelque sorte, flétrissant, contre le mari; 4o tous les enfans qui auraient pu naî-

tre des époux séparés, perdus pour la société et ensevelis dans la crainte du déshonneur.

Nous, qui ne cesserons de faire des vœux pour que le législateur, en s'occupant de réformer nos lois criminelles, veuille bien prendre conseil de son cœur, apporter quelques adoucissemens à la sévérité des peines, nous réclamerons toujours l'exécution des lois rigoureuses qui existent contre les faux témoins et leurs corrupteurs, parcequ'ils sont les fléaux les plus dangereux que l'intégrité et la vertu aient à redouter.

V. Toutes les fois que le juge, dans le cours de l'instruction, découvre des traces de Subornation, il doit, sans attendre que l'accusé rende plainte en Subornation, la faire rendre par le ministère public, et instruire sur cette plainte qui reste disjointe du procès, par la raison que la Subornation n'est pas, pour nous servir des termes du palais, un fait justificatif, mais un fait péremptoire. Cela a été jugé ainsi par arrêt du 6 avril 1675, rapporté au Journal des audiences, contre un médecin de Paris, qui avait rendu plainte de mauvais traitemens qu'il disait avoir reçus. Les témoins produits donnèrent lieu à les soupçonner de corruption. Le procureur du roi en forma une accusation incidente; et, par sentence du 20 octobre 1674, il fut ordonné *qu'avant faire droit au principal, le procès serait instruit contre les témoins;* et le tout ayant été joint, il intervint sentence le 19 janvier 1675, confirmée par l'arrêt ci-dessus, qui renvoya les principaux accusés absous et condamna les témoins au fouet.

Dans une autre affaire criminelle, au châtelet de Paris, un témoin étant devenu suspect par ses variations, il fut rendu plainte contre lui pour raison de Subornation. Le lieutenant criminel joignit cette plainte au fond; mais y ayant eu appel de ce jugement de jonction, la cour, par arrêt du 18 mars 1712, infirma la sentence, permit d'informer de la subornation, et ordonna que le lieutenant criminel serait mandé.

Il faut pourtant observer que, dans le cas où un accusé, qui ne serait pas poursuivi à la requête d'une partie civile, et contre lequel il existerait des preuves certaines de son crime, rendrait de son chef et sans être appuyé de l'intervention du ministère public, une plainte vague en Subornation, cette plainte seule n'arrêterait pas l'instruction. Il a même été jugé par arrêt du 7 septembre 1726, que, dans les procès qui s'instruisent à la requête d'une partie civile, lorsque la Subornation ne paraît tomber que sur quelque témoin, et qu'il y en a un grand nombre d'autres intacts et auxquels on ne reproche point d'avoir été corrompus, le procès doit être suivi. La raison de cette distinction est sensible. Si une accusation quelconque n'est appuyée que de la déposition de deux ou de trois témoins qui paraissent subornés, il est essentiel d'éclaircir le fait de la Subornation, avant de statuer sur l'accusation principale, parceque, s'il vient à être reconnu que ces deux ou trois témoins ont été subornés, leurs témoignages s'anéantissent en faveur de l'accusé: les juges courraient donc le risque de rendre une sentence de condamnation nulle, puisqu'elle ne porterait plus que sur une plainte dénuée de preuves. Mais si, au contraire, sur six témoins qui déposent conformément à ce qui est énoncé dans cette plainte, un seul est accusé d'avoir été suborné, et qu'il ne s'élève aucun soupçon de Subornation contre les autres, les juges peuvent continuer l'instruction, parcequ'ils sont assurés que le jugement qu'ils rendront, portera sur une base certaine et légale.

[[V *bis*. Le Code d'instruction criminelle de 1808, après avoir dit, art. 330, que *si*, d'après les débats, la déposition d'un témoin paraît fausse, le président pourra le faire arrêter, ajoute, art. 331, que, dans ce cas, « le » procureur général, la partie civile ou l'ac» cusé, pourront immédiatement requérir, et » la cour ordonner, même d'office, le renvoi de » l'affaire à la prochaine session ».

Mais alors, faut-il que le témoin ainsi arrêté soit jugé définitivement avant que l'accusé puisse être, dans la session suivante, soumis à un nouveau débat; ou bien doit-il être sursis même à la mise en accusation du témoin, jusqu'après le jugement de l'accusé?

Cette question s'est présentée dans l'espèce suivante:

Le 11 janvier 1813, arrêt de la chambre d'accusation de la cour d'appel de Nancy, qui met en accusation le nommé Jean Pérignon, prévenu d'un meurtre commis, le 31 mai 1812, sur la personne de Jean Delavaux, et le renvoie devant la cour d'assises du département de la Meuse.

Le 11 février suivant, la cour d'assises, après avoir entendu, en présence des jurés, tous les témoins produits tant à charge qu'à décharge, en fait arrêter six qui lui paraissent avoir déposé faussement, et renvoie l'affaire à la prochaine session.

L'instruction contre les six prévenus de faux témoignage achevée, le rapport en est

fait à la chambre d'accusation de la cour d'appel de Nancy ; et le procureur général conclud à ce que les six prévenus soient mis, l'un en liberté, les cinq autres en accusation.

Mais, par arrêt du 27 avril de la même année,

» Considérant que l'accusation de meurtre portée contre Jean Perignon, demeure pendante par-devant la cour d'assises, et doit être, à sa première session, soumise de nouveau aux débats et à la délibération du jury ;

» Que, dans une telle conjoncture, il paraîtrait inconvenant et prématuré de porter sur la véracité ou la suspicion d'aucun des témoignages recueillis dans cette instruction, un jugement qui, en préjugeant le fait principal de l'accusation, serait de nature à gêner la liberté et l'indépendance de l'opinion des jurés ;

» Qu'il ne s'agit pas seulement ici d'une déposition isolée, qui, combattue par la réunion des renseignemens recueillis au procès, présenterait un caractère à peu près certain de fausseté, et pourrait être rejeté de l'instruction, sans que la question de la culpabilité ou non-culpabilité de l'accusé se trouvât par là entamée ; qu'il s'agit de plusieurs témoignages opposés entre eux, les uns venant à l'appui de l'accusation, les autres tendant à l'atténuer ou à la détruire; témoignages dont la suspicion résulte de cette opposition même, et de ce que la vérité des uns paraît induire la fausseté des autres ; en sorte que, considérée dans son principe, la présomption de fausseté milite indistinctement contre tous, et divisément contre les uns à l'exclusion des autres ;

» Qu'il serait inconséquent d'accuser cumulativement de mensonge les auteurs des deux assertions contraires; et que cependant, choisir entre ces assertions, déclarer l'une suspecte d'imposture, l'autre exempte de ce soupçon, porter accusation contre les auteurs de l'une, et défendre de toutes poursuites les auteurs de l'autre, ce serait équivalemment déclarer quel est le fait reputé faux, et, par une conséquence ultérieure, mais nécessaire, déclarer si le fait de l'accusation est prouvé, si l'accusé est reconnu coupable ;

» Qu'il arriverait ainsi que la détermination du jury serait anticipée, que son attribution essentielle serait transférée dans la chambre d'accusation, et que le sort de l'accusé lui-même serait préliminairement fixé dans une instruction accessoire dans laquelle il ne serait pas partie, et dans laquelle il se pourrait que de fausses préventions vinssent à se former contre lui, par cela seul que sa défense n'aurait pu y être établie avec la latitude de développement que lui assure la discussion contradictoire des débats ;

» Que la cour d'assises, renvoyant à une autre session le jugement du procès principal, en même temps qu'elle ordonnait l'arrestation des témoins dont les témoignages lui paraissaient suspects, a voulu que le débat futur sur l'accusation de meurtre, pût s'éclairer de tous les renseignemens qui pourraient être recueillis par une instruction intermédiaire ;

» Qu'en effet, on ne peut prendre trop de soin de rassembler sous les yeux du jury toutes les lumières, toutes les raisons de décider qui doivent éclairer et fixer sa détermination; mais que les renseignemens et les preuves qui doivent sortir de l'instruction, peuvent atteindre au plus haut degré de développement dont elles soient susceptibles, sans l'intervention du jugement intermédiaire qui prononce sur la prévention de faux témoignage à la charge des uns ou des autres des témoins;

» Que, sans doute, ce jugement deviendrait nécessaire au moment où il s'agirait d'acquérir contre les témoins eux mêmes une conviction légale de faux témoignage, et d'en préparer la punition ; mais que, s'agissant, en premier ordre, de prononcer sur l'accusation de meurtre, à l'occasion de laquelle les témoins ont diversément déposé, un jugement prealable sur la véracité des uns ou des autres, loin d'être un secours au jury, serait une entrave à la liberté de sa délibération; que c'est à lui qu'il appartient de peser les preuves et d'en fixer le résultat, de comparer entre eux les renseignemens et les témoignages opposés, d'en rapprocher les circonstances qui respectivement les confirment ou les atténuent, d'apprécier les motifs de suspicion ou de crédibilité de chaque témoignage, de rejeter les uns, de donner foi aux autres, et finalement de fixer, d'après cette opération intellectuelle, quelle est la vérité qui surnage à travers les nuages ou les fausseté dont on a voulu l'envelopper ;

» Que dans l'exercice de cette fonction que la loi confie à ses lumières et à sa conscience, nulle autorité ne peut intervenir entre sa raison et lui, et qu'une décision qui tendrait à préjuger le fait dont le jugement est remis à lui seul, serait une interversion dans l'ordre des pouvoirs, et une atteinte au principe essentiel et constitutif de l'institution du jury ;

» Que cependant, dans les circonstances du fait actuel, et sous le rapport du jugement à porter sur la culpabilité de l'accusé et sur la véracité des témoignages qui l'accusent ou le

défendent, le jury, indépendamment de toute décision préalable sur la convenance d'instruire contre les témoins, aura, pour éclairer et fixer son opinion, tous les moyens qu'il est possible de réunir ;

» Que, si quelques-uns de ces moyens doivent résulter de l'instruction à laquelle il a été procédé en vertu de l'arrêt de la cour d'assises, rien n'empêche que les pièces n'en soient réunies à celles des procédures antérieures, lors des nouveaux débats qui s'ouvriront devant la cour d'assises, pour y servir, à l'égal des premières, soit de pieces de conviction, soit d'indication des témoins qu'il importe de faire entendre ;

» Que tous ceux des témoins ouïs dans cette derniere information, dont les dépositions peuvent paraître de quelque importance, étant appelés devant la cour d'assises, leurs dépositions étant soumises au débat contradictoire et avec l'accusé et aveo les témoins dont elles contrediraient le témoignage, le jury aura sous les yeux tous les moyens qui peuvent l'éclairer à la fois sur le mérite de l'accusation, sur la véracité ou la suspicion de tel ou de tel autre témoin, sur les motifs de crédibilité ou de rejet de leurs assertions, et le conduire enfin à porter un jugement juste, légal et indépendant sur l'accusation dont il sera saisi ;

» Que même aucune des lumières qu'on aurait pu obtenir par l'effet de l'instruction criminelle et particuliere sur le fait de faux témoignage, n'aura manqué au résultat de l'instruction sur l'accusation de meurtre ; et qu'ainsi, l'établissement de cette marche naturelle et légale dans l'ordre des procédures, ne peut entraîner aucune sorte d'inconvénient ;

» Qu'en ce qui touche la poursuite du crime de faux témoignage, il sera temps de reprendre la procédure sous ce rapport, après le jugement de l'accusation sur le cas de meurtre ; que ce n'est même qu'à cette époque que cette poursuite aura atteint son vrai point de maturité, puisque, par le débat devant la cour d'assises, la consistance des dépositions suspectes d'imposture aura été définitivement fixée par la persévérance ou la rétractation des témoins inculpés, ou par les explications qu'elles pourront recevoir, puisque, par le même débat, les dépositions nouvelles dont pourrait résulter preuve de la fausseté des témoignages suspectés, auront elles-mêmes acquis le degré nécessaire de fixité et d'invariabilité, ayant été produites en cour criminelle ; et puisqu'enfin ce sera la déclaration juridique du jury sur le fait de l'accusation, qui constituera le premier et principal motif de prévention de faux témoignage à l'égard de ceux des témoins dont les déclarations se trouveraient en contradiction directe et nécessaire avec le fait déclaré constant par le jury ; »

» Que c'est à ce point de vérité légalement reconnu, que les dépositions suspectes devront être référées, pour juger du plus ou du moins de présomption de fausseté qu'elles présentent ; et qu'ainsi, l'arrêt à intervenir sur l'accusation de meurtre, deviendra le motif et le régulateur de l'accusation à porter, s'il y a lieu, sur le fait de faux témoignage ;

» La cour surseoit à statuer sur la question de la suffisance de la prévention résultant de l'instruction, pour autoriser la poursuite du crime de faux témoignage contre aucun des témoins ouïs en l'instruction sur l'accusation de meurtre pendante en la cour d'assises de S. Mihiel, jusqu'à ce que, par ladite cour, il ait été prononcé sur ladite accusation ;

» Ordonne que les pièces de l'instruction formalisée par le commissaire nommé par la cour d'assises, seront jointes à celles des procédures antérieures, pour servir, lors du débat devant ladite cour, de renseignemens ou d'indication, ainsi que de droit ; que néanmoins la réquisition écrite du procureur général demeurera distraite et déposée, close et scellée, au greffe de la cour, pour y avoir recours le cas échéant ;

» Fait main levée des mandats d'arrêt décernés par le commissaire délégué faisant les fonctions de juge instructeur, contre Nicolas Gambette, cabaretier et cultivateur, François Gambette, son fils, Paul Delavaux, rentier, Jacques Vigneron, charpentier, Françoise Deforge, femme de François Lecomte, garde champêtre, et Nicolas Gambette, charron ; et néanmoins ordonne qu'ils demeureront provisoiremnt et jusqu'à nouvelle décision, sous le mandat de dépôt décerné contre eux par l'arrêt de la cour d'assises du 11 février dernier ».

Recours en cassation contre cet arrêt, de la part du ministère public.

« D'après le développement que le procureur général de la cour d'appel de Nancy a donné à ses moyens de cassation (ai-je dit à l'audience de la section criminelle, le 20 mai 1813), nous croyons devoir nous renfermer dans quelques observations très-sommaires.

» Quelle est la mission de la chambre d'accusation d'une cour d'appel ?

» C'est, suivant les art. 229, 230 et 231, et c'est uniquement d'examiner si, dans les affaires qui lui sont soumises, il existe à la fois des traces de crimes ou de délits prévus par

la loi, et des indices suffisans de culpabilité contre les prévenus; de mettre en liberté les prévenus, soit dans le cas où il n'existe pas de traces du crime ou délit qui leur est imputé, soit dans le cas où le crime ou délit paraissant constant ou probable, rien ne fait présumer suffisamment que les prévenus en soient auteurs ou complices; de renvoyer, dans le concours des deux cas contraires, les prévenus devant les juges compétens, pour prononcer définitivement sur leur sort, savoir, devant un tribunal correctionnel, s'il est question d'un délit, et devant une cour d'assises ou une cour spéciale, s'il s'agit d'un crime.

» Cette mission, dépend-il de la chambre d'accusation de la remplir à telle ou telle époque?

» Non : l'art. 219 veut qu'elle la remplisse *dans les trois jours du rapport du procureur général*.

» Il est vrai que l'art. 228 lui permet d'*ordonner, s'il y échet, des informations nouvelles*, c'est-à-dire, de faire compléter une instruction qu'elle juge insuffisante.

» Mais il ne résulte nullement de là que, lorsqu'elle trouve l'instruction complète, lorsqu'il lui paraît que rien ne manque pour prouver préparatoirement que le crime imputé au prévenu a été commis, et que le prévenu en est auteur ou complice, elle puisse différer de mettre le prévenu en état d'accusation, et de le renvoyer devant la cour qui doit le juger définitivement.

» Que fait-elle donc si, dans ce cas, elle diffère sa mission? De deux choses l'une : ou elle prolonge arbitrairement la détention d'un innocent, ou elle recule arbitrairement la punition d'un coupable.

» Sans doute si, en différant ainsi de remplir sa mission, elle s'abstient de tout acte positif, s'il n'y a de sa part que simple inertie, sa conduite n'offrira aucune prise à la cassation; et elle pourra tout au plus, dans des circonstances graves, donner lieu aux mesures de discipline déterminées par le sénatus-consulte du 16 thermidor an 10.

» Mais si, en différant de remplir sa mission, elle fait un acte positif qui excède les termes de sa compétence; si, en ajournant sa décision sur la mise en accusation d'un prévenu de crime, elle entreprend sur les attributions de la cour d'assises; si surtout elle se permet de juger le contraire de ce que la cour d'assises a déjà jugé, alors la cassation peut et doit atteindre ce qu'elle a fait; alors, ce qu'elle a fait étant frappé du double vice d'incompétence et de contravention à l'autorité de la chose jugée, il appartient à vos attributions et il est de votre devoir de le faire rentrer dans le néant.

» Or, dans notre espèce, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Nancy ne s'est pas bornée à ne pas statuer sur la mise en accusation des six prévenus de faux témoignage : elle a, de plus, sursis à y statuer jusqu'après le jugement du procès principal pendant à la cour d'assises; elle a, de plus, décidé que la cour d'assises ne pourrait, en cas de mise en accusation de ces six prévenus ou de quelques-uns d'entre eux, s'occuper de leur procès qu'après avoir jugé le procès principal; elle a, de plus, mis la cour d'assises dans la nécessité d'entendre de nouveau le témoignage de ces six prévenus dans la prochaine session.

» Et par là, non-seulement elle a entrepris sur les attributions de la cour d'assises, mais elle a encore attenté à l'autorité de la chose jugée.

» Elle a entrepris sur les attributions de la cour d'assises; car à la cour d'assises seule est dévolu le pouvoir de régler l'ordre dans lequel les accusés doivent être mis en jugement.

» Elle a attenté à l'autorité de la chose jugée; car la cour d'assises avait nettement décidé, par son arrêt du 11 février, que les dépositions des six témoins dont elle avait ordonné l'arrestation pour suspicion de faux témoignage, devaient être rejetées, tant que ces six témoins ne seraient pas pleinement justifiés de la prévention dont elle les avait déclarés atteints; et comment l'avait-elle décidé! Précisément par le renvoi qu'elle avait fait du procès principal à sa prochaine session; et en effet, elle n'avait ordonné ce renvoi que pour empêcher que les dépositions de ces six témoins qui avaient été entendus par le jury dans sa séance du 11 février, ne fissent sur lui une impression nuisible à la découverte de la vérité.

» La cour d'assises avait donc jugé que la question de savoir si les six témoins dont elle avait ordonné l'arrestation, avaient commis le crime de faux témoignage, était préjudiciable à la question de savoir s'ils devaient être entendus de nouveau dans le procès principal.

» Et de quel droit la chambre d'accusation a-t-elle réformé son arrêt?

» Elle ne l'aurait pas pu, si, en rendant cet arrêt, la cour d'assises avait violé la loi.

» Mais elle l'a pu bien moins encore, si, en rendant cet arrêt, la cour d'assises n'avait fait qu'user d'un pouvoir que la loi lui conférait expressément.

» Or, l'art 331 du Code d'instruction crimi-

nelle conférait expressément à la cour d'assises le pouvoir de renvoyer le procès principal à la prochaine session, et ce pouvoir renfermait nécessairement celui de juger que les dépositions des six témoins prévenus de faux témoignage, ne pourraient plus être reçues dans le procès principal, si préalablement ces six témoins n'étaient acquittés de la prévention qui pesait sur eux.

» Sans doute la cour d'assises aurait pu, tout en déclarant ces six témoins prévenus de faux témoignage, tout en les faisant arrêter comme tels, tout en les traduisant comme tels devant la chambre d'accusation, juger que les dépositions de ces six témoins ne pourraient pas avoir sur le procès principal, une influence décisive, et ordonner que le procès principal fût soumis, dans l'état où il se trouvait, à la délibération du jury (1).

» Mais du moment qu'elle avait jugé le contraire, en renvoyant le procès principal à la session prochaine, tout était dit, il n'y avait plus à revenir sur son arrêt, et il fallait que, conformément à son arrêt, les six témoins fussent acquittés de la prévention de faux témoignage, avant qu'ils pussent reparaître dans le procès principal.

» C'est visiblement dans cet esprit qu'ont été rédigés les art. 330 et 331 du Code d'instruction criminelle; et ce qui le prouve, c'est la manière dont sont conçus les art. 445 et 446 du même Code.

» Suivant l'art. 445, *lorsqu'après une condamnation contre un accusé, l'un ou plusieurs des témoins qui avaient déposé à charge contre lui, seront poursuivis pour avoir porté un faux témoignage dans le procès; et si l'accusation en faux témoignage est admise contre eux, ou même s'il est décerné contre eux des mandats d'arrêt, il sera sursis à l'exécution de l'arrêt de condamnation.... Si les témoins sont condamnés pour faux témoignage à charge, l'arrêt de condamnation sera annulé par la cour de cassation, et l'accusé sera remis en jugement. Mais si les accusés de faux témoignage sont acquittés, le sursis sera levé de droit, et l'arrêt de condamnation sera exécuté.*

» L'art. 446 ajoute *que les témoins condamnés pour faux témoignage, ne pourront pas être entendus dans les nouveaux débats.*

» Tout est précieux, tout est décisif dans ces deux textes.

» D'abord, pourquoi l'arrêt de condamnation doit-il être annulé, pourquoi le procès doit-il être soumis à un nouvel examen, toutes les fois qu'il est constaté, après la condamnation même, que des témoins ont, dans les débats, déposé faussement à charge? Il ne peut y en avoir qu'une raison: c'est que le faux témoignage est, dans toute espèce de procès, un élément corrupteur; que, mêlé aux autres preuves qui sont produites pour ou contre sur le fait contesté, il en empêche la juste appréciation; que, dès que le procès est jugé définitivement, il ne reste plus aucun moyen légal de discerner l'influence que le faux témoignage a eue sur la détermination du jury; et que, dans le doute, on doit croire que la détermination du jury a été influencée par le faux témoignage.

» Ensuite, pourquoi n'y a-t-il lieu à la révision; pourquoi l'arrêt de condamnation ne doit-il être annulé, pourquoi le procès ne doit-il être soumis à un nouvel examen, pour faux témoignage à charge, que dans le cas où le faux témoignage a été reconnu seulement après la condamnation? Pourquoi les mêmes mesures ne sont-elles pas prescrites pour le cas où, avant la condamnation, il a été reconnu que des témoins à charge avaient déposé faussement contre l'accusé? C'est évidemment parce que la loi suppose qu'avant la condamnation, les juges ont fait tout ce qui était de leur devoir pour purger les débats de l'élément impur que le faux témoignage y était venu apporter; c'est évidemment parce que la loi suppose, ou que la cour d'assises s'est bornée à faire arrêter les témoins qui lui ont paru déposer faussement, et qu'elle a, immédiatement après, soumis le résultat des débats à la délibération du jury, ou qu'elle a, en faisant arrêter ces témoins, renvoyé le procès à la prochaine session; c'est évidemment parce que la loi suppose qu'au premier cas, la cour d'assises a jugé que, les fausses dépositions ne mettraient pas dans la balance un poids assez fort pour influencer la délibération du jury; et qu'en le jugeant ainsi, elle a ôté à l'accusé tout prétexte d'attaquer la délibération du jury, à raison de la circonstance qu'elle aurait été précédée de fausses dépositions; c'est évidemment parce que la loi suppose qu'au second cas, la cour d'assises a jugé que les témoins dont elle a ordonné l'arrestation, ne seraient plus entendus devant le nouveau jury, à moins qu'ils ne fussent préalablement acquittés de l'accusation de faux témoignage; c'est évidemment parce que la loi suppose que, dans ce même cas, les accusés de faux témoignage ont été jugés avant le procès principal.

(1) V. l'arrêt du 21 janvier 1814, rapporté au n° suivant.

» Oui, la loi suppose tout cela, et elle le suppose nécesairement ; car, sans toutes ces suppositions, il serait impossible de concevoir pourquoi elle n'accorderait pas la voie de révision au condamné contre lequel auraient déposé faussement des témoins qui auraient été poursuivis pour faux témoignage avant la condamnation, comme elle l'accorde au condamné contre lequel ont déposé faussement des témoins qui n'ont été poursuivis pour faux témoignage, qu'après la condamnation même ; et l'on ne pourrait voir dans cette distinction, qu'un mépris arbitraire et insensé de toutes les idées de justice, qu'un outrage absurde à la raison et à l'humanité.

» Enfin, la loi veut qu'il soit sursis à l'exécution de la condamnation, par le seul fait que des mandats d'arrêt ont été décernés contre des témoins poursuivis pour faux témoignage après le jugement de l'accusé ; et, certes, il est bien plus facile de différer le jugement de l'accusé, que d'en suspendre l'exécution après qu'il a été rendu. Si donc un mandat d'arrêt décerné contre un témoin prévenu de faux témoignage, suffit pour nécessiter le sursis à l'exécution du jugement qui condamne un accusé, à combien plus forte raison doit-il suffire pour nécessiter le sursis du jugement même ?

» A toutes ces conséquences si décisives, si lumineuses, qui dérivent du texte même des art. 445 et 446 du Code d'instruction criminelle, on peut, nous le savons, opposer l'art. 361 du Code pénal. Cet article en effet, porte que, *si l'accusé a été condamné à une peine plus forte que celle des travaux forcés à temps, le faux témoin qui a déposé contre lui, subira la même peine ;* ce qui suppose que le jugement de l'accusé principal a précédé celui du faux témoin.

» Mais il faut bien faire attention qu'en rédigeant le Code pénal, le législateur ne s'est pas occupé des formes de la procédure criminelle ; et de là il suit que nous ne pouvons pas regarder comme dérogeant au Code d'instruction de 1808, les expressions plus ou moins exactes du Code pénal qui s'y rapportent.

» En se servant, dans le Code pénal, des mots *si l'accusé a été condamné*, le législateur s'est particulièrement attaché au cas qu'il avait prévu dans le Code d'instruction, par l'art. 445.

» Mais, d'une part, il n'a point limité sa disposition à ce cas, comme en disant dans l'art. 59 du Code pénal, que les complices seraient *punis de la même peine que les auteurs du crime*, il n'a point exclu de sa disposition le cas où les auteurs du fait matériel qui constitue le crime, ne pouvant pas être punis, les complices de ce faux doivent en subir toute la peine.

» D'un autre côté, il est de principe que les lois nouvelles doivent toujours être interprétées et suppléées par celles qui les ont précédées. *Posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariæ sint*, dit la loi 28, D. *de legibus*. Et ce principe est formellement consacré par un avis du conseil d'état, du 21 mai 1811, approuvé le 25 du même mois : « *Les lois nouvelles*, porte-t-il, *sont toujours censées se référer aux lois antérieures, en tout ce en quoi elles ne les contrarient pas.*

» Ainsi l'art. 261 du Code pénal, tout en disposant spécialement pour le cas où l'accusé aurait été condamné avant le faux témoin, n'est pas moins censé se référer à la règle du Code d'instruction criminelle d'après laquelle le faux témoin doit être jugé avant l'accusé, lorsque le crime de faux témoignage a été découvert et poursuivi avant le jugement du procès principal.

» Rien ne peut donc justifier l'arrêt qui vous est dénoncé ; et ce qu'il y a de bien remarquable, c'est que, peu de jours après avoir rendu cet arrêt, et dès le premier de ce mois, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Nancy, réunie à la chambre correctionnelle de la même cour, en a rendu un directement contraire.

» Nous ne pouvons, en conséquence, qu'adhérer à la requête en cassation qui vous est soumise ; et nous estimons qu'il y a lieu de casser et annuler l'arrêt dont il s'agit ».

Par arrêt du 20 mai 1813, au rapport de M. Busschop,

« Vu les art. 217, 219, 221, 225, 228, 229, 230, 231, 330, 331, 416, 445, et 446 du Code d'instruction criminelle..... ;

» Considérant 1°. qu'il résulte des dispositions des huit premiers articles ci-dessus cités, que, dans toutes les affaires qui leur sont soumises et dont l'instruction est complète, les chambres d'accusation des cours doivent de suite et immédiatement statuer sur la prévention et le réglement de la compétence ; qu'ainsi, elles ne peuvent ordonner le sursis du procès, sans méconnaître les règles de leur juridiction ;

2° Considérant que, dans le cas de prévention de faux témoignage, prévu par les art. 330 et 331, également précités, les cours d'assises pouvant ou procéder de suite au jugement de l'affaire qui se trouve actuellement soumise aux débats, ou bien la renvoyer à la prochaine session, il s'ensuit qu'il appartient à ces cours de régler la priorité entre le

jugement de l'affaire principale et celui du faux témoignage;

» Que la priorité du jugement du faux témoignage est nécessairement déterminée par le renvoi de l'affaire principale à la prochaine session, puisque le sursis de cette affaire ne pouvant avoir d'autre but que de purger de tout fait mensonger, les preuves relatives à l'accusation, ce but ne peut être atteint que par le jugement préalable du faux témoignage;

» Qu'en effet, l'art. 445 du Code d'instruction criminelle, en n'admettant la révision que dans le cas où le faux témoignage a été poursuivi après la condamnation qu'il peut avoir produite, suppose nécessairement que le faux témoignage, dont la prévention est née dans le débat, a été jugé avant le crime qui en était l'objet, et ainsi ne peut pas avoir entraîné les jurés à faire une déclaration qui ait été la base d'une condamnation injuste; que, si le jugement du faux témoignage peut avoir de l'influence sur celui du crime principal lorsqu'il le précède, ce n'est que par l'épuration salutaire des élémens de l'instruction; et que cette opération entre essentiellement dans les combinaisons de la procédure criminelle;

» 3° Considérant que les décisions des cours d'assises étant en dernier ressort, les cours (royales) sont incompétentes pour les réformer, changer ou modifier;

» Considérant, dans l'espèce, qu'à la suite des débats qui ont eu lieu devant la cour d'assises du département de la Meuse, sur l'accusation de meurtre portée contre Jean Pérignon, ladite cour a, par arrêt du 11 février 1813, mis en état d'arrestation plusieurs individus prévenus d'avoir donné faux témoignage dans lesdits débats, et ordonné le renvoi de l'affaire à la prochaine session, aux termes des art. 330 et 331 précités du Code d'instruction criminelle;

» Qu'en vertu de cet arrêt, la procédure sur le faux témoignage ayant été instruite et portée à la chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Nancy, cette chambre, au lieu de statuer sur la prévention et procéder au réglement de la compétence, a, par arrêt du 27 avril 1813, ordonné le sursis du procès jusqu'à ce que la cour d'assises eût prononcé sur l'accusation principale du meurtre; que, par cet arrêt de sursis, ladite chambre a contrevenu aux règles de compétence, et a porté atteinte à l'autorité dont la loi a investi les cours d'assises;

» La cour casse et annulle.... ».

Les règles établies par les art. 330 et 331 du Code de 1808, ne le sont textuellement que pour les procès de grand criminel; mais elles s'appliquent naturellement aux affaires correctionnelles; et de là l'arrêt suivant.

Valentin Schweitzen, Thiébaud Schweitzen et Jean-Philippe Schwart, prévenus du délit de corruption en matière de conscription militaire, sont traduits, à la requête du ministère public, devant le tribunal correctionnel de Strasbourg.

Le premier juillet 1813, jugement qui les acquitte.

Le ministère public appelle de ce jugement; et sur cet appel porté devant la cour d'appel de Colmar, de nouveaux témoins sont entendus.

Les dépositions de quelques-uns de ces témoins présentent des indices de faux témoignage; le procureur général rend plainte contre eux, et requiert le sursis au jugement de l'appel, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur leur sort.

Le 6 novembre suivant, arrêt qui, attendu que la non-culpabilité des prévenus est suffisamment établie par les dépositions des témoins contre lesquels il ne s'est élevé aucun reproche, confirme le jugement dont est appel.

Le procureur-général se pourvoit en cassation, et soutient qu'en prononçant *ainsi* sur le fond, sans qu'au préalable il eût été statué sur sa plainte en faux témoignage, la cour d'appel de Colmar a violé la loi.

Par arrêt du 21 janvier 1814, au rapport de M. Aumont,

Attendu qu'aux termes de l'art. 331 du Code d'instruction criminelle, lorsque des témoins entendus aux débats, se trouvent prévenus de faux témoignage, les cours d'assises peuvent, même d'office, ordonner le renvoi de l'affaire à la prochaine session; que de ces expressions, *peuvent ordonner*, résulte non une obligation, mais une faculté;

» D'où il suit, par une conséquence nécessaire, qu'il est dans les attributions de ces cours de décider, si les dépositions des témoins non suspects fournissent des lumières suffisantes pour le jugement du procès; que cette règle établie pour les matières criminelles, doit sans doute être admise pour les matières correctionnelles, dès que le Code de 1808 ne contient pas de disposition contraire, et qu'il n'y a rien de prescrit sur cet objet dans le chap. 2, tit. 1er du liv. 2 du Code;

» Qu'ainsi la cour d'appel de Colmar ayant statué sur l'action intentée par le ministère public, il en résulte une présomption de droit.

qu'elle a trouvé dans l'instruction et le débat, des élémens de conviction qui l'ont dispensée de surseoir au jugement des prévenus.... ;

» La cour rejette le pourvoi..... ».]]

VI. La Subornation peut se faire de différentes manières : par des motifs de crainte ou d'espérance, soit en menaçant le témoin de lui faire perdre son emploi, sa fortune, de le faire périr sous les coups, s'il ne dépose pas telle et telle chose ; soit en lui donnant ou promettant de l'argent, ou en le flattant de l'espoir de l'avancer. Peu importe le choix des moyens employés par le suborneur ; ils sont tous réprouvés et le rendent également punissable : mais ils peuvent quelquefois rendre plus excusable celui qui y succombe. Ainsi, un faux témoin qui a été réellement déterminé à faire sa déclaration par la crainte très-raisonnable, très-fondée de perdre la vie, ou même d'être plongé dans la misère, mérite plus de pitié, plus d'*indulgence*, que l'homme indépendant, qui, pour gagner quelque argent, s'est présenté hardiment à la justice, et a déposé tout ce qu'on a voulu lui faire dire. Selon Julius Clarus, au mot *falsum*, *in supplemento*, n° 278, et Farinacius, quest. 67, n° 63, *le témoin qui dépose faux par crainte et par violence, ne doit pas être puni de la peine de faux.*

La Subornation n'est que trop facile de la part du supérieur envers son inférieur, ou un homme qui vit dans sa dépendance ; et voilà pourquoi, excepté, dans des cas très-particuliers, suivant nos ordonnances, on n'a presque aucun égard à la déposition des parens, des donataires et des domestiques de l'accusateur.

VII. Le suborneur ne cesse pas d'être envisagé comme tel par la loi, quoique le témoin qu'il a voulu corrompre, ait résisté à la séduction, et ait rendu hommage à la vérité : mais le sentiment des criminalistes est qu'il soit moins puni, parceque sa Subornation n'a point causé de préjudice. Il serait, à notre avis, bien plus dans le cas de l'indulgence et du pardon, s'il n'avait pas voulu faire usage des témoins qu'il aurait d'abord subornés, parcequ'on pourrait attribuer cette retenue à un repentir volontaire et qui lui est personnel ; au lieu que l'hommage que rend à la vérité le témoin qu'il a suborné, lui étant étranger et étant contraire à sa volonté, il ne devrait pas adoucir en sa faveur la disposition rigoureuse de la loi.

[[Le Code pénal du 25 septembre 1791 ne contenait aucune disposition sur la Subornation de témoins ; et de là il suit que, tant que, d'après ce Code, la Subornation des témoins n'était pas suivie d'un faux témoignage porté en justice, elle ne pouvait être punie d'aucune peine.

Mathurin Plot et huit autres particuliers avaient été traduits devant un jury d'accusation, ceux-ci, pour avoir porté faux témoignage dans un procès civil, celui-là, pour les y avoir provoqués par des dons et des promesses.

Le jury rejeta l'accusation contre les prétendus faux témoins, mais il l'admit contre Mathurin Plot.

En conséquence, Mathurin Plot fut traduit devant la cour de justice criminelle du département de la Sarthe.

Là, il fut déclaré par le jury de jugement qu'il n'était pas constant qu'il eût été porté faux témoignage dans le procès civil dont il s'agissait ; mais que Mathurin Plot était convaincu d'avoir sollicité des témoins à déposer en sa faveur, par paroles, promesses et menaces, et qu'il avait suborné ces témoins à dessein de nuire à autrui.

En conséquence, arrêt du 15 juin 1792, par lequel,

« Attendu que la loi ne détermine aucune peine contre les suborneurs de témoins, mais que celle prononcée contre les faux témoins, doit naturellement leur être appliquée,

» Le tribunal condamne Plot à six années de gêne, conformément à l'art. 47 de la sect. 2 du tit. 2 du Code pénal ».

Mais Mathurin Plot s'étant pourvu en cassation, arrêt est intervenu le 22 décembre suivant, par lequel,

« Attendu que la nouvelle loi pénale du 6 octobre 1791, ne contient aucune disposition particulière contre la Subornation de témoins qui n'est un délit que par rapport à la complicité du faux témoignage qui en serait résultée ;

» Et que, suivant l'art. 1er du titre 3 de la même loi, la peine de complicité n'est encourue que lorsqu'un crime aura été commis ;

» Que, dans le fait, tous les prévenus de faux témoignage ont été acquittés, et qu'il résulte de la déclaration du jury de jugement, que le fait de faux témoignage, qui était le chef principal de l'accusation, n'est point constant ; de sorte que la conviction déclarée contre Mathurin Plot, d'avoir formé et exécuté le dessein de Subornation de témoins, ne caractérise qu'une tentative ou provocation au faux témoignage, laquelle, en ce cas, n'est point qualifiée crime par la loi ;

» Que le tribunal criminel a appliqué la peine du faux témoignage, lorsque le jury de jugement avait déclaré que ce délit n'était pas constant, et qu'il ne peut exister de complicité d'un crime qui n'a pas été commis;

» Le tribunal casse le jugement du tribunal criminel du département de la Sarthe, du 15 juin dernier, comme contraire à l'art. 1er du tit. 3, 2e partie du Code pénal, qui porte : *lorsqu'un crime aura été commis, quiconque sera convaincu d'avoir, par dons, promesses, ordres ou menaces, provoqué le coupable ou les coupables à le commettre, sera puni de la même peine prononcée contre les auteurs dudit crime*; et à l'art. 8 de la déclaration des droits de l'homme, qui veut que *nul ne puisse être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée*, et comme contenant une fausse application de l'art. 47 de la deuxième section du tit. 2 dudit Code pénal. ».

Cette jurisprudence a-t-elle changé par la loi du 22 prairial an 4, sur les tentatives de crimes? Non.

Un acte d'accusation avait été dressé et admis contre Michel Jardin, comme prévenu d'avoir suborné des témoins pour déposer en sa faveur dans une procédure correctionnelle.

Cet acte soumis à un jury de jugement assemblé devant la cour de justice criminelle du département du Calvados, il a été déclaré, 1° qu'il n'y avait point eu de faux témoignage, mais qu'il y avait eu tentative de Subornation de témoins, manifestée par des actes extérieurs, suivis d'un commencement d'exécution, et que Michel Jardin en était convaincu.

Sur cette déclaration, la cour de justice criminelle a condamné Michel Jardin à six années de gêne, « attendu que le jury l'a déclaré convaincu d'être l'auteur d'une tentative de Subornation de témoins en matière correctionnelle, en provoquant par promesse à rendre un faux témoignage; que la cour est juge du caractère de ce fait; qu'il est impossible de n'y pas voir une tentative de faire rendre un faux témoignage, et que tout faux témoignage est un crime ».

Recours en cassation de la part de Michel Jardin, et le 9 mars 1809, arrêt, au rapport de M. Bauchau, par lequel,

« Vu l'art. 456 du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4;

» Attendu que le fait de subornation de témoins, considéré principalement et isolément, n'est qualifié crime par aucune loi;

» Qu'il ne peut être poursuivi et puni que lorsque, se rattachant à un fait criminel par sa nature, il peut en être réputé un acte de complicité;

» Mais que la complicité ne peut exister qu'avec un délit commis ou tenté;

» Que, dans l'espèce, le jury ayant déclaré qu'il n'y avait pas eu de faux témoignage, la subornation des témoins, qui n'eût été que la provocation à ce faux témoignage, ne pouvait avoir le caractère de la complicité;

» Qu'elle ne pouvait pas non plus être considérée comme une tentative de faux témoignage, puisque la subornation de témoins et le faux témoignage ne peuvent jamais constituer le même fait et concourir dans la même personne;

» Que néanmoins la loi du 22 prairial an 4, sur la tentative, n'est applicable qu'à la tentative du fait matériel constitutif du crime, et que, hors le cas de complicité d'un crime commis ou tenté, cette loi ne peut pas être étendue à des faits antécédens qui auraient pu favoriser ou provoquer un crime non commis ni tenté, et conséquemment au fait de subornation de témoins qui n'ont pas déposé à faux;

» Qu'en qualifiant les faits de subornation déclarés par le jury, de tentative de faux témoignage, et en appliquant à ces faits la peine déterminée pour le faux témoignage, la cour de justice criminelle du département du Calvados a faussement appliqué l'art. 27, sect. 2, part. 2, du Code pénal, et la loi du 22 prairial an 4;

» Par ces motifs, le cour casse et annulle... ».

Même arrêt dans l'espèce suivante.

Le directeur du jury de Riberac charge un juge de paix de recevoir les déclarations de plusieurs témoins qu'il lui indique. Le juge de paix reçoit effectivement leurs déclarations et les transmet au directeur du jury.

Peu de temps après, et avant que le procès auquel ces déclarations sont relatives, soit porté devant le jury de jugement, les témoins rétractent leurs déclarations, et disent, pour leur excuse, que Simon Manem les a subornés.

En conséquence, plainte en Subornation de témoins contre Simon Manem; et le 22 décembre 1812, arrêt de la cour d'appel de Bordeaux qui le met en accusation.

Mais Simon Manem se pourvoit en cassation, et par arrêt du 18 février 1813, au rapport de M. Busschop.

« Vu les art. 229 et 299 du Code d'instruction criminelle;

» Considérant que le fait de Subornation

de témoins, considéré isolément, ne constitue point un crime; qu'il forme seulement un moyen de complicité (par provocation) du crime de faux témoignage; que la Subornation de témoins ne peut donc être punissable, qu'autant qu'elle se rattache à un faux témoignage réellement commis, ou à une tentative criminelle de faux témoignage;

» Considérant qu'une déposition fausse ne peut constituer le crime de faux témoignage, que lorsqu'elle est faite dans le débat d'après lequel il doit être prononcé définitivement sur le fait auquel la déposition se rapporte; que ce principe est la conséquence de la combinaison des deux dispositions de l'art. 361 du Code pénal; qu'il a été sagement établi, afin que les témoins qui, dans la première instruction, auraient pu s'écarter de la vérité, ne fussent pas induits à persévérer dans le mensonge, dans la crainte d'une poursuite comme faux témoins;

» Considérant, dans l'espèce, que les témoins que Simon Manem est prévenu d'avoir subornés, n'ont fait leur déclaration que devant le juge de paix délégué par le directeur du jury de Riberac, dans l'instruction d'un procès criminel; que les déclarations, fussent-elles fausses, ne pourraient donc pas constituer le crime de faux témoignage; qu'ainsi, la Subornation qui forme l'objet unique de la prévention, ne peut plus constituer le crime punissable par la loi; que conséquemment la cour d'appel de Bordeaux devait ordonner la mise en liberté du prévenu, aux termes de l'art. 229 du Code d'instruction criminelle;

» Que néanmoins ladite cour a, par son arrêt du 22 décembre 1812, renvoyé le prévenu devant la cour d'assises, d'où il suit que la demande en nullité de cet arrêt est fondée sur la juste application de l'art. 299 du même Code;

» D'après ces motifs, la cour, faisant droit au pourvoi de Simon Manem, casse et annulle ledit arrêt....».

Mais l'art. 365 du Code pénal de 1810 ne forcerait il pas aujourd'hui de juger autrement? Ne fait-il pas entendre que la Subornation de témoins est un crime par elle-même et indépendamment du faux qui en a ou qui n'en a pas résulté?

Voici un arrêt de la cour de cassation, du 4 décembre 1812, qui juge que non:

« Le procureur général expose que la cour d'assises de Trèves a rendu, le 21 août 1811, un arrêt qui n'a pas été attaqué, dans le délai fatal, par les parties intéressées, mais qu'il est dans l'intérêt de la loi de ne pas laisser subsister.

» Cet arrêt déclare que la femme Burges est prévenue *d'avoir, moyennant promesse, rendu faux témoignage en faveur d'Anne-Marie Scheid, à l'audience de police du juge de paix du canton de Herstein, du 29 mai dernier; d'avoir en outre tenté de suborner la femme de Philippe Henugen au même effet, en lui offrant un louis de la part de ladite femme Scheid; qu'Anne-Barbe Scheid est prévenue d'avoir suborné la femme Burges, au sujet dudit témoignage, et d'avoir tenté de suborner la femme Henugen; qu'enfin Louis Ocler est prévenu d'avoir participé au dernier fait de tentative.*

» Il considère ensuite *que ces faits imputés à la femme Burges, à Anne-Marie Scheid et à Louis Ocler, constituent les crimes prévus par les art.* 364, 365 *et* 2 *du Code pénal, et entraînent peine afflictive et infamante.*

» En conséquence, il met les trois prévenus en accusation, et les renvoie devant la cour d'assises du département de la Sarre.

» Que cet arrêt soit régulier en tant qu'il met la femme Burges et Anne-Marie Scheid en accusation, l'une pour avoir porté un faux témoignage, moyennant promesses, l'autre pour avoir provoqué ce faux témoignage par les promesses qui en avaient été le mobile, c'est ce qui ne peut être révoqué en doute d'après les articles 364 et 60 du Code pénal.

» En effet, par l'art. 364, *le faux témoin en matière correctionnelle, de police ou civile, qui a reçu de l'argent, une récompense quelconque ou des promesses, est puni des travaux forcés à temps*; et l'art. 60 déclare *complices d'une action qualifiée crime ou délit, ceux qui, par dons, promesses...., auront provoqué à cette action.*

» Mais le même arrêt est-il également régulier, en tant qu'il met la femme Burges, Anne-Marie Scheid et Louis Ocler en accusation, les deux premières comme prévenues d'avoir tenté de suborner la femme Henugen, en lui offrant de l'argent pour l'engager à déposer contre sa conscience, et le troisième pour avoir participé à cette tentative?

» Il le serait incontestablement, s'il énonçait que, par l'effet de cette tentative, la femme Henugen a porté faux témoignage; mais il ne l'énonce pas, et il paraît que la femme Henugen, ou n'a pas déposé du tout, ou n'a fait qu'une déposition conforme à la vérité.

» Dès-là, comment la tentative employée pour suborner la femme Henugen, a-t-elle pu être qualifiée de crime par la cour d'appel de Trèves?

» Elle l'aurait sans doute été très-justement, si la Subornation des témoins était elle-même

punie comme crime, lorsqu'elle n'est pas suivie de faux témoignage; car, dans cette hypothèse, l'art. 2 du Code pénal eût voulu, d'après les circonstances déclarées par l'arrêt dont il s'agit, que l'on assimilât la tentative de la Subornation à la Subornation consommée.

» Mais cette hypothèse est-elle exacte? Elle ne l'était pas sous le Code pénal de 1791. Deux arrêts de la cour des 22 décembre 1792 et 9 mars 1809 ont jugé que la Subornation de témoins ne pouvait, ni d'après ce Code, ni d'après la loi du 22 prairial an 4, concernant la tentative de crime, être poursuivie et punie, lorsqu'elle n'avait pas abouti à une fausse déposition en justice.

» Le Code pénal de 1810 déroge-t-il à cette jurisprudence?

» Ce qui paraît avoir déterminé la cour d'appel de Trèves à décider qu'il y déroge en effet, c'est que, tandis que le Code pénal de 1791 était absolument muet sur la subornation de témoins, l'art. 365 de celui de 1810 la prévoit, la punit, et semble en faire un crime principal : *le coupable de Subornation de témoins*, (y est-il dit), *sera condamné à la peine des travaux forcés à temps, si le faux témoignage qui en a été l'objet, emporte la peine de la réclusion; aux travaux forcés à perpétuité, lorsque le faux témoignage emportera la peine des travaux forcés à temps, ou celle de la déportation; et à la peine de mort, lorsqu'elle emportera celle des travaux forcés à perpétuité ou à la peine capitale.*

» Mais que signifient, dans cet article, les mots *Subornation de témoins*?

» Ils ne sont définis particulièrement, ni par cet article, ni par aucun autre du Code pénal de 1810.

» Et pourquoi ne le sont-ils pas? Parcequ'il était inutile de les définir, par une disposition spéciale : parceque leur définition résultait assez de l'art. 60 qui détermine les caractères de la complicité.

» Il est évident, en effet, qu'une Subornation de témoins n'est autre chose qu'une provocation par dons, promesses ou tout autre moyen, à commettre le crime de faux témoignage; qu'ainsi, le principal auteur du crime est le faux témoin, et que le suborneur n'en est que le complice.

» Cela posé, dans quel cas le complice d'un crime doit-il être puni? Dans celui-là seul où le crime a été commis.

» Et dans quel cas peut-on dire qu'un crime a été commis? Dans celui-là seul où le crime a été, sinon consommé, du moins tenté par un fait matériel qui en a commencé l'exécution.

» Il ne peut donc exister de faux témoignage, que lorsque le faux témoin a fait sa déposition, soit en totalité, soit en partie.

» Et par une suite nécessaire, tant que le faux témoin n'a pas déposé, on ne peut pas dire qu'il existe un complice de son faux témoignage.

» Pourrait-on punir comme complice d'assassinat, celui qui aurait offert, promis ou donné de l'argent pour commettre un meurtre, lorsque, dans le fait, le meurtre n'aurait, été, ni commis, ni tenté par des actes extérieurs et avec commencement d'exécution? Il n'est personne qui ne convienne qu'on ne le pourrait pas.

» On ne pourrait donc pas davantage punir comme complice de faux témoignage, celui qui aurait offert, promis ou donné de l'argent à un témoin pour déposer faussement, si, dans le fait, le témoin à qui cet argent aurait été offert, promis ou donné, n'avait pas fait une fausse déposition.

» Il est vrai que l'art. 179 punit les *tentatives de corruption* des fonctionnaires publics, *qui n'ont eu aucun effet.*

» Mais 1° c'est une disposition spéciale; et le législateur ne l'a évidemment faite, que parceque l'art. 2 n'aurait pas pu s'appliquer à une tentative de ce genre.

» 2° L'art. 197 ne punit cette tentative que d'une peine correctionnelle.

» On ne peut donc, sous aucun rapport, argumenter de l'art. 179, pour en induire que la provocation par dons ou promesses à un faux témoignage qui n'a pas eu lieu, doive être puni comme le serait le faux témoignage lui-même.

» Qu'importe, d'après cela, que l'art. 365 parle de la *Subornation des témoins*?

» Il n'en parle pas comme d'un crime principal, comme d'un crime qui puisse exister par soi, comme d'un crime que la loi puisse atteindre lorsque le témoin suborné n'a pas déposé faussement.

» Il n'en parle que pour en élever la peine au-dessus de celle du faux témoignage, dans le cas où le faux témoignage est puni, soit de la réclusion, soit des travaux forcés à temps, soit de la déportation, soit des travaux forcés à perpétuité.

» Il ne dit pas que cette peine pourra être appliquée hors du cas où le témoin suborné aura exécuté ou commencé d'exécuter le crime pour lequel il a reçu des dons ou des promesses; et non-seulement il ne le dit pas, mais il fait clairement entendre le contraire, par ces

mots, *si le faux témoignage qui en a été l'objet.*

» Et c'est ce qu'insinue assez l'orateur du gouvernement, M. Faure, dans l'*Exposé des motifs* de cette partie du Code pénal: *Quant à la subornation de témoins* (dit-il), *les coupables seront condamnés à une peine d'un degré supérieur à celle que* SUBIRONT LES FAUX TÉMOINS *dans la même affaire.*

» L'orateur du tribunat s'explique plus nettement encore sur ce point: *pour que la Subornation puisse être punie* (ce sont ses termes), *il est nécessaire que le faux témoignage qui en est l'objet, ait été réalisé. Le suborneur peut, jusqu'à la déclaration, arrêter ou désavouer le faux témoin. D'ailleurs, la provocation au faux témoignage ne peut être confondue avec la tentative de ce crime: celle-ci est toujours personnelle au témoin; et quand ce dernier est innocent, le suborneur n'est coupable que d'un projet criminel sans commencement d'exécution; condamné par sa conscience, il ne saurait l'être par les tribunaux.*

» Aussi la cour d'appel de Trèves elle-même a-t-elle, depuis son arrêt du 21 août 1811, rendu hommage à cette doctrine; *en règle générale* (a-t-elle dit), dans un arrêt du 28 septembre dernier, ci-joint), *toute provocation, pour devenir criminelle, doit s'attacher à un crime, ou du moins à une tentative de crime; sans quoi, elle n'est qu'un projet qui n'a produit aucun effet, et ne présente, pour lors, aucune matière à pénalité. Dès-lors, il serait injuste, dangereux même, de condamner le projet comme la réalisation du crime, puisque l'on fermerait la retraite au repentir, et forcerait, en quelque sorte, l'égaré à réaliser ses projets criminels. La législation qui a précédé le Code pénal de 1810, a entièrement consacré ce principe, et n'a sévi contre le suborneur, que lorsque sa provocation a été suivie du crime de faux témoignage. Le Code pénal de 1810, loin de porter le moindre changement à ce principe, l'a de nouveau et formellement sanctionné, en ce que l'art.* 365 *exige impérieusement* QU'UN FAUX TÉMOIGNAGE AIT ÉTÉ L'OBJET *de la Subornation, pour qu'elle puisse devenir criminelle.*

» La cour d'appel de Trèves ne pouvait pas reconnaître son erreur avec plus de noblesse, ni la réparer avec plus de sagacité. Mais il importe que cette erreur ne se propage pas dans les autres cours.

» Ce considéré, il plaise à la cour, vu l'art. 442 du Code d'instruction criminelle, les art. 2, 59, 60, 364 et 365 du Code pénal, casser et annuler, dans l'intérêt de la loi et sans préjudice de son exécution à l'égard des parties intéressées, l'arrêt de la cour d'appel de Trèves, du 21 août 1811, ci-dessus mentionné, et dont expédition est ci-jointe; et ordonner qu'à la diligence de l'exposant, l'arrêt à intervenir sera imprimé, et transcrit sur les registres de ladite cour.

» Fait au parquet, le 17 novembre 1812. *Signé* Merlin.

» Ouï le rapport de M. Chasle.....;

» Vu les art. 59, 60 et 365 du Code pénal.....;

» Attendu que la Subornation de témoins n'est qu'une provocation au faux témoignage; qu'elle est donc un des faits de complicité qui ont été déterminés dans l'art. 60 ci-dessus cité;

» Qu'il n'y a de complicité criminelle et passible de peine, que là où il y a eu un crime commis ou tenté;

» Que la Subornation de témoins ne peut donc rentrer dans l'application de l'art. 365, que lorsque les témoins subornés ont déposé ou tenté de déposer contre la vérité;

» Que ledit art. 365 n'a pas fait de la Subornation un crime principal; qu'il a seulement voulu modifier l'art. 59, qui punit le complice de la peine prononcée par la loi contre l'auteur du crime, en prononçant, contre le complice du faux témoignage par subornation, une peine plus grave que celle qui avait été fixée par les articles précédens contre le faux témoignage;

» Que la cour d'appel de Trèves a méconnu les principes, violé et faussement appliqué les dispositions ci-dessus rappelées, en mettant en accusation et en renvoyant devant la cour d'assises du département de la Sarre, la femme Burges, Anne-Marie Scheid et Louis Ocler, comme prévenus, les deux premières, d'avoir tenté de suborner la femme Henugen, en lui offrant de l'argent, pour la déterminer à rendre un faux témoignage en faveur de ladite Scheid, qui était traduite en police; et le troisième, d'avoir participé à ladite tentative;

Que cette mise en accusation ne serait régulière et conforme à la loi, qu'autant que, par l'effet de la Subornation, la femme Henugen aurait porté le faux témoignage auquel elle aurait été provoquée, ce qui n'est nullement énoncé dans l'arrêt de ladite cour; de sorte qu'il paraît que ladite femme, ou n'a pas déposé du tout, ou qu'elle n'a fait qu'une déposition conforme à la vérité; qu'ainsi, il n'y a eu ni crime commis, ni tentative effectuée, et conséquemment point de complicité;

La cour casse et annulle..... ».]]

VIII. Il y a une autre sorte de Subornation qui est souvent employée par l'accusé, par ses parens, par ses amis. Celle-là n'a pas pour objet de faire parler des témoins, mais de les faire taire. Elle leur suggère un mensonge négatif. Elle est bien moins criminelle que l'autre, puisqu'elle ne tend pas à faire périr un innocent; son but est seulement de sauver un coupable. Elle est par cette raison moins dangereuse. Mais comme, dans les affaires civiles, elle peut beaucoup nuire au demandeur, et que, dans les affaires criminelles, elle peut compromettre l'accusateur et l'exposer à des dommages et intérêts, celui qui se l'est permise, doit être condamné proportionnellement au tort qui aurait pu en résulter, si elle eût eu son effet.

[[*V.* l'article *Faux témoignage*, no 2.]]

IX. Un arrêt qu'on peut citer comme un exemple d'une juste sévérité, est celui qui fut rendu au parlement de Paris, le 7 février 1755, dans l'affaire de Pierrefitte.

Le nommé Du France accusa Pierrefitte d'avoir voulu l'assassiner. Pour donner à son accusation l'effet terrible qu'il s'en promettait, il suborna deux témoins qui déposèrent contre l'accusé, et qui persistèrent au récollement dans leur déposition. Heureusement pour Pierrefitte, qu'il parvint, à la confrontation, à toucher le plus jeune des témoins, et à lui faire faire l'aveu de la Subornation. Du France fut condamné à être rompu vif. Le témoin qui avait soutenu le mensonge à la confrontation eut le même sort. Les juges regrettèrent de ne pouvoir sauver la vie à celui qui avait découvert la machination et empêché que le sang de l'innocent ne fût répandu. Mais l'art. 11 du tit. 15 de l'ordonnance de 1670, qui porte que *les témoins qui, depuis le récollement, rétracteront leurs dépositions ou les changeront dans des circonstances essentielles, seront punis comme faux témoins*, les réduisit à la dure nécessité de ne faire qu'adoucir son supplice en le condamnant à être pendu.

Nous ferons, relativement à cet article de l'ordonnance, une réflexion qui mérite de fixer l'attention du législateur. Il est bien clair que l'intention du législateur a été que des témoins qui auraient fait une fausse déposition, qui auraient persisté dans cette fausse déposition au récollement, et qui, par cette calomnie constante, auraient compromis d'abord la liberté, ensuite l'honneur et la vie d'un accusé, ne fussent pas impunis, par la raison qu'ils se seraient rétractés postérieurement.

Mais, si d'un côté, il est juste que leur mensonge obstiné soit châtié, n'est-il pas, de l'autre, à craindre qu'une fois qu'ils ont eu le malheur de persister dans leur mensonge au récollement, ils ne résistent ensuite au remords qu'ils pourraient avoir par une juste frayeur de perdre la vie, s'ils se rétractaient? Car enfin, s'ils disent alors la vérité, ils sont assurés de mourir. La fermeté et le courage dans le mensonge leur sont donc, en quelque sorte, devenus nécessaires, puisque leur conservation en dépend? Cette conséquence, dont le suborneur a eu grand soin de les pénétrer, pour les endurcir à la confrontation, et qui peut être si funeste à l'accusé, déterminera sans doute un jour le législateur à apporter quelques modifications à l'article que nous avons cité.

[[*V.* les articles *Calomniateur*, no 3, et *Faux témoignage*, nos 3 et 4.]]

X. Plus la Subornation est par elle-même criminelle, moins elle doit se présumer aisément, et plus le juge auquel elle est dénoncée, doit apporter de prudence et de sagacité dans l'examen de l'accusation. Il doit surtout se défier des apparences et sonder les motifs. Par exemple, un accusateur qui engage, qui presse des témoins à déposer dans l'affaire qu'il suit à sa requête, ne doit pas être regardé comme un suborneur, quand même il aurait vu les témoins, qu'il aurait conféré avec eux, qu'il leur aurait même promis de l'argent ou des dédommagemens pour les déterminer à aller déposer, à n'omettre aucune des circonstances qui les auraient frappés et qu'il aurait rappelées à leur souvenir, si toutefois il n'avait rien exigé de contraire à ce qu'ils auraient vu ou entendu, parceque son intention n'aurait point été de tromper la justice, mais au contraire de l'éclairer complètement sur des faits qu'il lui importait de prouver. Tout le risque qu'il courrait, serait celui de voir récuser ses témoins, si l'accusé découvrait qu'ils eussent reçu de l'argent avant de déposer, ou même depuis leur déposition, parceque qu'ils deviendraient alors suspects et même reprochables. Voilà pourquoi il est plus prudent à une partie civile de ne faire qu'indiquer à la justice les témoins qu'elle croit en état d'appuyer les faits contenus dans sa plainte, de ne les point voir, de se confier aveuglément à leur mémoire et à leur véracité. Nous ne pouvons pas trop le répéter, on n'est réellement un suborneur, on ne doit être puni comme tel, que lorsqu'on incite quelqu'un à faire ou à dire un faux, dans le dessein de nuire à un autre.

XI. Il y a des cas où le suborneur est moins

coupable que le suborné : ce sont ceux où il est intéressé, pour sa propre conservation, à faire altérer un fait dont la connaissance lui serait funeste. Le témoin qu'il a corrompu dans ce dessein, n'ayant pas un intérêt aussi naturel à tromper la justice, est plus coupable que lui, lorsqu'il se rend parjure, puisque, selon Julius Clarus (au mot *falsum*, *in supplemento*, nos 258 et 262), *celui qui dépose faux pour sa défense, ou dans une cause où il a intérêt, devient excusable, et ne doit pas être puni de la peine ordinaire du faux.* Celui qui, par ce motif, engage un autre homme à déposer faux, mérite donc aussi de l'indulgence ; mais il ne faut pas que ce soit dans une cause où il ne soit question que de conserver de l'argent; il faut qu'il ait un puissant intérêt à défendre, tel que sa vie, son honneur et l'existence de ses enfans. Alors ce grand et puissant motif excuse jusqu'à un certain point sa fraude aux yeux de la justice, et modère infiniment la peine qu'il a encourue.

[[Aujourd'hui, de pareilles excuses ne pourraient pas être admises par les juges, à l'effet d'acquitter un accusé; elles ne pouvaient l'être qu'à l'effet d'atténuer la peine dans le cas où la loi admet un *minimum* et un *maximum*. *V.* l'article *Excuse*.]]

XII. De ce qu'un témoin a fait une fausse déposition, il ne serait pas juste d'en conclure qu'il a été suborné par la partie civile; car il peut se faire que, par des motifs de haine, de vengeance ou d'intérêt personnel, il se soit déterminé à aggraver sa déposition, ou à la charger de faux.

XIII. Selon plusieurs criminalistes, les témoins subornés font preuve contre celui qui les a corrompus, s'ils déclarent que ce dernier les a subornés. Papon, liv. 22, tit. 13, observe, avec raison, que deux témoins de cette espèce sont trop suspects pour devoir déterminer les juges à condamner, sur leur seule déclaration, celui qu'ils accusent de Subornation. [[*V.* l'article *Preuve*, sect. 3, no 5.]]

XIV Boerius et Farinacius sont d'avis que, quoiqu'une partie ait suborné des témoins en sa faveur dans le cours du procès, elle n'est pas pour cela déchue du droit qu'elle pouvait avoir, si d'ailleurs ce droit est fondé sur d'autres preuves. Cela est juste au fond; mais il nous semble qu'elle mériterait bien de le perdre, dans le cas où la Subornation serait complètement démontrée; et si on ne l'en prive pas, c'est parce qu'elle doit être punie d'une autre manière (M. DE LA CROIX.) *

FIN DU TOME TRENTE-UNIÈME.

00079278

Digitized with financial assistance from the
Government of Maharashtra
on 10 February, 2016